

24,752



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán

Estudio Dogmatico del Tipo Especial Previsto en la Fracción II del Artículo 90 de la Ley Reglamentaria de Servicio Público de Banca y Crédito

TESIS PROFESIONAL QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA

Pablo Uribe Fuentes

ACATLAN, EDO. DE MEXICO, 1988



TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

PROLOGO

I. GENERALIDADES SOBRE LAS ESCUELAS PENALES Y LA TEORIA DEL DELITO.

1. ESCUELAS PENALES	1
A. ESCUELA CLASICA	4
B. ESCUELA POSITIVA	7
C. ESCUELA TERZA	10
2. CONCEPTO DE DELITO	11
A. FRANCISCO CARRARA	11
B. ENRIQUE FERRI	12
C. JURIDICO FORMAL	14
D. JURIDICO SUSTANCIAL	16

II. GENERALIDADES SOBRE LOS ELEMENTOS POSITIVOS Y ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.

1. CONDUCTA	24
2. AUSENCIA DE CONDUCTA	45
3. TIPICIDAD	49
4. ATIPICIDAD	56
5. ANTIJURIDICIDAD	57
6. CAUSAS DE JUSTIFICACION	61
7. IMPUTABILIDAD	68
8. INIMPUTABILIDAD	70
9. CULPABILIDAD	72
10. INCULPABILIDAD	80
11. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	86
12. AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	87
13. PUNIBILIDAD	87
14. EXCUSAS ABSOLUTORIAS	88

III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL TIPO ESPECIAL DE LA FRACCION II DEL ARTICULO 90 DE LA LEY REGLAMENTARIA DE SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO.

1. ORDENAMIENTOS JURIDICOS SOBRE LA LEGISLACION BANCARIA 1830-1884	90
2. EL CODIGO DE COMERCIO DE 1884, COMO REGULADOR DE LA ACTIVIDAD BANCARIA	111
3. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1897	124
4. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926	125
5. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932	129
6. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941	131
7. DECRETO DE REFORMA Y ADICIONES A LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1973	132
8. LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DEL 14 DE ENERO DE 1985	134

IV. EL TIPO PREVISTO EN LA FRACCION II DEL ARTICULO 90, A LA LUZ DE LA DOGMATICA.

1. TIPO	138
2. CONDUCTA	141
3. AUSENCIA DE CONDUCTA	142
4. TIPICIDAD	143
5. ATIPICIDAD	144
6. ANTIJURIDICIDAD	145
7. CAUSAS DE JUSTIFICACION	145
8. IMPUTABILIDAD	145
9. INIMPUTABILIDAD	145
10. CULPABILIDAD	145
11. INCULPABILIDAD	146

12.	CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	146
13.	AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD	146
14.	PUNIBILIDAD	146
15.	EXCUSAS ABSOLUTORIAS	146
V.	LA TENTATIVA EN EL TIPO DE LA FRACCION II DEL ARTICULO 90	
1.	CONCEPTO	147
2.	FORMAS DE TENTATIVA	151
A.	ACABADA	151
B.	INACABADA	152
3.	LA TENTATIVA EN EL TIPO PREVISTO EN LA FRACCION II DEL ARTICULO 90	153
VI.	LA PARTICIPACION Y EL CONCURSO, EN LA FRACCION II DEL ARTICULO 90 DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO .	
1.	CONCEPTO DE PARTICIPACION	156
2.	CLASES DE PARTICIPACION	158
3.	DE LA PARTICIPACION EN EL TIPO DE LA FRACCION II DEL ARTICULO 90	163
4.	CONCEPTO DE CONCURSO	164
5.	CLASES DE CONCURSOS	166
6.	EL CONCURSO EN EL DELITO, DE LA FRACCION II DEL ARTI- CULO 90	170
	CONCLUSIONES	171
	BIBLIOGRAFIA	173

P R O L O G O

El trabajo de tesis que presento, es un estudio dogmático, del delito que establece la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, en el artículo 90 fracción II.

Este análisis, pretende aportar elementos, sobre la integración de esta figura delictiva, a través de sus elementos positivos, así como los aspectos negativos que impiden su aparición o evitan que sea sancionada.

El esquema que planteó para llevar a cabo esta tesis, se fundamentó en que era necesario conocer el género, para llegar a la especie.

Estudí los orígenes del Derecho Penal, así como la evolución del delito, que representan las piedras angulares donde hoy descansan las instituciones jurídicas penales.

Realicé un breve estudio de los elementos positivos y aspectos negativos de la teoría del delito, lo cual me permitió efectuar el análisis-dogmático penal de la fracción II del artículo 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, objetivo de esta tesis.

Hice referencia a los antecedentes legislativos de la figura típica, - sujeta a estudio, lo cual era imprescindible, pues es ahí donde se encuentra el objeto de análisis. Partí de las legislaciones bancarias - expedidas en 1830, hasta, llegar al año de 1985, en que se promulga la actual Ley Bancaria; aclarando que no es tema central del presente trabajo, el desarrollo de las Instituciones de Crédito y su Reglamentación.

Aborde la tentativa, las formas en que ésta se puede presentar, así como la participación y el concurso para ver la incidencia que tienen - el tipo previsto en la fracción II del artículo 90.

Además considero imperativo que se conozca a fondo, la mayoría de éstos delitos, por que de otra manera quedan en la obscuridad y fuera del conocimiento de aquellos que nos hemos dedicado al estudio del de recho Penal.

Como consecuencia de las investigaciones que llevé a cabo para la el aboración de la presente, considero pertinente que en nuestras Universidades, se ponga énfasis en el estudio de los delitos especiales, aun que lo correcto en mi personal punto de vista, ya deberían considerar se concretamente en el Código sustantivo correspondiente, por lo que entonces, es el Legislador, al que le corresponde hacer concretas con sideraciones sobre el particular, ó sea, tipificar, como correspon den tales ilícitos, considerados hasta hoy como especiales, lo que produce en la práctica forense una enorme laguna de la Ley al caso específico, repercutiendo de manera sobresaliente en el trabajo diario del litigante.

Por todo lo anterior, pongo a consideración de los sinodales que se sirvan juzgar mi trabajo en mi examen profesional, así como a los in teresados en el mismo. Agregando que este trabajo conlleva dos fines la culminación de mis estudios para obtener el título de Licenciado en Derecho y el acrecentar mis conocimientos en este campo.

CAPITULO I

GENERALIDADES SOBRE LAS ESCUELAS PENALES Y LA TEORIA DEL DELITO

1. ESCUELAS PENALES

- A. ESCUELA CLASICA
- B. ESCUELA POSITIVA
- C. TERZA ESCUELA

2. CONCEPTO DE DELITO

- A. FRANCISCO CARRARA
- B. ENRIQUE FERRI
- C. JURIDICO FORMAL
- D. JURIDICO SUSTANCIAL

1. ESCUELAS PENALES.

Antes de avocarme al estudio propio de las escuelas penales, haré referencia a la evolución de la función represiva, en la cual tienen sus raíces las Instituciones Jurídicas Penales.

El derecho Penal en la antigüedad, no tenía medida en su objeto simplemente representa la reacción de la comunidad en contra de quien realizaba un acto contrario al orden establecido, la consecuencia de transgredir ese orden se traducía en "la expulsión del delincuente, del grupo a que pertenecía". (1)

Este tipo de actos eran frecuentes en las sociedades antiguas, recordemos que los hombres se unían para protegerse del peligro que significaba estar solo.

Pessina afirma que representaba "la primera reacción que se despertaba en la conciencia primitiva de la colectividad es la ira que se traduce en el furor popular en contra del delincuente".(2)

Esta etapa corresponde al período de la venganza privada, destacamos que esta fase se caracterizó por los excesos en los castigos.

Posteriormente aparece lo que se ha denominado, el período de venganza pública, aquí se encuentran de alguna forma limitantes a los excesos de venganza, al objetivizar la medida de la reacción punitiva en razón del daño causado.

(1) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, Cuarta Edición, México 1984, p. 47

(2) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit. p. 47

Para algunos autores, entre ellos Pavón Vasconcelos, el Talión se enmarca en esta etapa y expresa "un ejemplo es el Código de Hammurabi, que consagró el principio de retribución, al sancionar con el daño de la pena, otro de igual gravedad". (3)

Aparte de existir este principio de retribución, se castigaba cruelmente algunas conductas, existió la composición; que consistía en resarcir el daño causado, pagando una suma de dinero al ofendido o a la víctima, esta composición en un principio fué voluntaria, sin embargo se convirtió en la legal con el transcurrir del tiempo.

Fontan Balestra, explica que la "época de la composición legal se dividió en el wergeld, que era la suma abonada al ofendido o a su familia y el fredo que era la suma recibida por el Estado como una especie de pago por servicios tendientes a asegurar el orden y la efectividad de las composiciones". (4)

Esta figura aminoró la crueldad de las penas, sin embargo, a final de cuentas no representaba ninguna seguridad jurídica para el hombre en sociedad, pues en innumerables ocasiones, no existió una verdadera limitante a esos excesos, al no contar con un catálogo de conductas flicitas descritas con anterioridad a su ejecución, originando abusos en los castigos, principalmente en la época feudal y las monarquías, en virtud de que cualquier actitud que no estuviera de acuerdo con los poderosos, significaba que alguien delinquía, dando como resultado la creación de delitos y la aplicación de penas, que menoscababan los mínimos derechos del hombre imperando un sistema desigual de justicia.

(3) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. p. 48

(4) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. p. 49

Contra este estado de cosas, se produce la reacción apareciendo obras de "Grocio, Pufendor y Lock, entre otros que integraron una corriente doctrinaria cuya misión fué la lucha contra la monarquía". (5)

Lo que originaría en el campo del derecho Penal con sus ideas, el período Humanitario, el cual se vió cristalizado en el libro de Cesar de Bonesana, Marquex de Beccaria, De los Delitos y las Penas; realizó esta obra, que logra convulsionar a la sociedad de su tiempo. Trata de acabar con los abusos que existían en la práctica criminal, dicho documento establece una serie de principios y derechos mínimos del delincuente. Dentro de estos principios, pugna por que los delitos y las penas estén contempladas en algún código, con lo que consagra el "principio de proporcionalidad de la pena a la gravedad del delito; limitando los poderes del juez". (6)

Además proclama que la ley penal no tiene nada que ver con la justicia divina, ya que la primera tiene su fundamento en la utilidad común.

Por lo que Beccaria, se convierte en el apóstol del derecho Penal, logrando que Catalina II de Rusia, ordene un nuevo código y como lo menciona el maestro Ricardo Nuñez, este libro "sirvió para que posteriormente doctrinarios expusieran las ideas penales estructuradas" (7)

Me adhiero al criterio que señala, que la manifestación de Cesar Bonesana dá origen a las escuelas penales, que tratan de explicar la función del derecho Penal.

(5) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. p. 53

(6) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. p. 54

(7) Nuñez, Ricardo. Manual de Derecho Penal, Ediciones Lerner, Tercera Edición, Córdoba, Buenos Aires, Argentina 1977, p. 55.

A. ESCUELA CLASICA.

Para la mayoría de los autores de derecho Penal, esta escuela se origina con Francisco Carrara (1805-1888), el cual es considerado su máximo exponente, con su obra "Programa del Curso de Derecho Criminal" realiza una sistematización del derecho Penal, otorgándole además un sentido filosófico y humanitario.

La Escuela Clásica, sólo existe por contradicción con la Escuela Positiva, pues al nacer ésta le adjudica el nombre a la primera, a través de Enrique Ferri, uno de los grandes positivistas, haciéndolo con un sentido peyorativo.

Aunque como lo señala el Doctor Jiménez de Asúa, lo clásico "significa lo consagrado, lo excelso". (8)

Por otra parte el maestro Porte Pettit, cita la Florian que afirma "recibió esta denominación por que se designó así por el mismo Carrara". (9)

Autores como: Ramos, Porte Pettit y Jiménez de Asúa, sostienen que la Escuela Clásica, no representaba un carácter unitario, en cuanto a su contenido, pues al analizar las corrientes que la conforman, aparecen rasgos distintos, uno de éstos lo tenemos en cuanto que se "fundieron las teorías morales, utilitarias y mixtas, constitutivas de las absolutas, relativas y mixtas en una sola entidad tipificada por su método racionalista". (10)

(8) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Filosofía y Ley Penal, Tomo II, Edit. Losada, Tercera Edición, Buenos Aires, Argentina 1964, p. 33

(9) Porte Pettit, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Edit. Porrúa, Novena Edición. México 1984 p.33

(10) Jiménez de Asúa, Luis. Tomo II, Op. cit. p. 32.

Particularmente en lo que se refiere a la naturaleza de pena, las teorías morales se inspiran en un sentimiento de justicia, las teorías de la retribución, proponen que es una exigencia de la razón para reestablecer el orden perturbado. Aunque por otra parte Puig Peña dice "que dentro de su seno existen un conjunto de materias y líneas comunes que dan armonía y unidad a la dirección científica". (11)

En mi opinión, no existía un criterio unitario en cuanto a su contenido. Sin embargo se afirma que la Escuela Clásica tiene los siguientes caracteres comunes de acuerdo a su método, a las bases de responsabilidad, al delito y a la pena.

Respecto al método, éste es el lógico abstracto, a través del cual el derecho Penal obtiene sus conceptos o como expresa el maestro Jiménez de Asúa: "es para el clasicismo, un sistema dogmático basado en conceptos esencialmente racionalistas". (12) ó dicho de otra forma sus deducciones son especulativas.

La imputabilidad se basa sobre el libre albedrío y la culpabilidad moral. Carrara expone: "presupongo por aceptada la doctrina del libre albedrío y la imputabilidad moral del hombre y edificada sobre esa base la ciencia criminal jamás se contruiría sin aquella". (13). Es así que Carrara consagra un dogma, en virtud de que una persona ha de responsabilizarse por lo actos que libremente nazcan y que en el campo del derecho Penal trasciendan.

(11) Puig Peña, Federico. Derecho Penal, Parte General, Edit. - Revista de Derecho Privado, Madrid, España 1969, p. 9.

(12) Jiménez de Asúa, Luis. Tomo II, Op. cit. p. 32.

(13) Citado por Maggiore, Guiseppe. Derecho Penal I, Volumen I, Edit. Themis, Quinta Edición, Bogotá, Colombia 1971, p.107.

El delito es un ente jurídico, así lo afirma el maestro de Pisa y señala:

"He creído encontrar la fórmula sacramental y me pareció que de ella emanarían, una a una, las grandes verdades que el derecho Penal de los pueblos cultos ha reconocido y proclamado". (14)

Luego entonces el delito es considerado como una creación de la ley, no siendo posible que exista fuera de ella.

Para reafirmar lo anterior, en opinión del jurista italiano Maggiore el delito como institución jurídica: "es el fundamento de la construcción dogmática del gran maestro Luques, que para existir, necesita de ciertos elementos materiales y ciertos elementos morales cuyo conjunto constituye su unidad. Pero lo que completa su esencia es la contradicción de esos precedentes con la ley jurídica". (15)

Dentro de este análisis encontramos la antijuridicidad y elementos de valoración subjetiva.

La pena como un mal y como medio de tutela jurídica, para Carrara la pena: "no es sino la ley eterna, la cual siempre busca la conservación de la humanidad y la tutela de sus derecho procede siempre según la norma de lo justo y responde siempre al sentimiento de la conciencia universal". (16)

Con esta acepción la pena tiene una sola justificación el de conservar el orden y en otros casos restaurarlo.

(14) Citado por Maggiore, Guisepppe. Volúmen I, Op.cit.p. 107

(15) Maggiore, Guisepppe. Volúmen I, Op.cit. p. 99

(16) Citado por Maggiore, Guisepppe. Volúmen I, Op.cit. p. 102

Por otro lado, se ha dicho que la Escuela Clásica no tomó en cuenta al delincuente, tal es la afirmación de Ignacio Villalobos, sin embargo sobre este punto, Ramos expresa: "que la Escuela Clásica no ignora al delincuente, sino que únicamente no lo considera, por que no lo necesita en su construcción jurídica". (17)

Este criterio parece el más acertado en virtud de los caracteres comunes que he analizado.

La Escuela Clásica, representa para siempre la consagración del derecho Penal, dando pauta a lo que hoy conforma a las Instituciones Jurídicas Penales.

B. ESCUELA POSITIVA.

La Escuela Positiva, es denominada así en virtud de estudiar al de recho Penal a partir del método experimental. Se han señalado co como sus creadores a César Lombroso, Rafael Garofalo y Enrique Fe rri.

Esta corriente ha sido muy criticada por sus tesis en cuanto al de recho Penal, sin embargo como lo afirma el jurista argentino Luis Jiménez de Asúa: "la gran herencia de la escuela positiva ha sido una ciencia nueva y naturalista, sobre la investigación causal del delito y el estudio biosológico del delincuente: Criminología"(18)

Para la mayoría de los estudiosos del derecho Penal, la Escuela Po sitiva posee un criterio unitario en su doctrina, César Lombroso - (1836-1909), en su obra "El Hombre Delincuente", le da una orienta ción de tipo antropológico a la escuela, al realizar un análisis - del hombre delincuente y determinar los factores que producen el delito, buscando al "tipo criminal", que por sus datos somáticos -

(17) Porte Pettit, Celestino. Op. cit. p. 40

(18) Jiménez de Asúa, Luis. Tomo II, Op. cit. p. 62

(morfológicos y fisiológicos), se distingue de los demás. Lo que origina la creación de una nueva ciencia, la Antropología Criminal y le dá una nueva concepción al derecho Penal pero sin definir el delito.

Sin embargo como afirma Maggiore: "la teoría de Lombroso acerca del tipo criminal, se estrella contra una dificultad lógica de una evidencia manifiesta como se hace para identificar en los varios tipos de humanos al "hombre delincuente" si no se sabe antes qué es el delito" (19)

Lombroso presenta como objeto de estudio, al hombre delincuente equivocándose al no poder establecerlo sobre bases claras, por no tener punto de partida.

A la concepción de Lombroso, Rafael Garofalo (1851-1934), le dió una definición sociológica del delito, en su obra Criminología, equiparando al delito jurídico con el natural. Garofalo al conceputar al delito "equivoca el camino en virtud de que no lo hizo como positivista, sino que realizó un análisis de sentimientos", tal y como lo afirma el Doctor Jiménez de Asúa. (20)

Al definir el delito natural, sale del campo de lo jurídico, no pudiendo integrar un concepto acertado y por otro lado al apoyarse en los sentimientos, entra en contradicción como lo señala Maggiore: "la naturaleza considerada en sí misma no distingue entre lo bueno y lo malo, lícito e ilícito, honesto y delincuente". (21)

Razonamiento que apoya en virtud de que esta definición no logra el objetivo que pretende.

(19) Maggiore, Guiseppe. Volúmen I, Op.cit.p. 103

(20) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, Edit. Sudamericana, tercera edición, Buenos Aires, Argentina 1979, p. 50

(21) Maggiore, Guiseppe. Volúmen I, Op.cit. p. 104

Por otra parte Enrique Ferri (1856-1929), apoya las conclusiones de Lombroso y Garofalo, ampliando el sistema al otorgarle una no ción sociológica a la Escuela Positiva. Con su obra "Sociología - Criminal" establece las principales ideas en que se había de app oyar su doctrina, reduciendo al derecho Penal a una parte de su Sociología Criminal. En esta obra estudia la g énesis natural del de lito que se origina por factores individuales, físicos y sociales.

Los principios básicos de esta escuela se resumen así:

1. **Método Experimental:** Se apoyan en este método que es utilizado para la explicación de las ciencias causales, además de tener como centro de estudio al delincuente y no al delito.
2. **El delito como afirma el Maestro Pavón Vasconcelos:** "No es considerado como ente jurídico, es un fenómeno natural que es producido por el hombre al convivir en sociedad por lo que para combatirlo hay que conocer sus causas esencialmente sociales, aún cuando hay factores individuales". (22)
3. **La responsabilidad social se deriva del determinismo,** "el hombre es responsable de las acciones exteriormente delictivas -- por él cometidas por que vive en sociedad y mientras vive en ella". (23)

Con esto los positivistas negaban el libre albedrío del que ha blaba Carrara. Además de señalar que tanto imputables como in imputables son responsables, pero a éstos últimos había que - destinarlos a un lugar especial para su readaptación.

4. Para los positivistas la pena no era una tutela jurídica, sino un medio de defensa que la sociedad establecía, en el momento que fuera violado el orden social, esto se aplica atendiendo a la peligrosidad del delincuente.

(22) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 61

(23) Jiménez de Asúa, Luis. Tomo II, Op. cit. p. 82

Los medios de defensa que se establecieron, en muchas ocasiones fueron demasiado severos tal y como lo ilustra el Doctor Jiménez de Asúa al decir: "Aunque todos los positivistas proclamen de consuno este principio - el de la pena - el observador más sereno e imparcial dudará mucho si no son verdaderos castigos los que propone Garofalo para el delincuente". (24)

C. TERZA ESCUELA.

Esta escuela surge principalmente para conciliar las dos tendencias antagónicas que existían, la Escuela Clásica y Positiva.

Para el estudio del derecho Penal, utilizan el método experimental rechazan el libre albedrío que propone Carrara y aceptan el principio positivista del determinismo, pero señalando que éste no es un acontecimiento fatal, "por lo que la teoría del delincuente nato - no se debe aceptar". (25)

La pena es un medio de defensa de la sociedad, pero no entendida - ésta en el sentido naturalista, ni meramente utilitario y se basa en ella el derecho Penal según explica Jiménez de Asúa.

Aceptan la distinción entre imputables e inimputables, que propone la Escuela Clásica. La corriente de Alimena y Canevale, en sí no aporta nada original, pero sus conclusiones influyeron en su época.

Las tres corrientes que hemos analizado son las más significativas existiendo posteriormente distintas corrientes que no llegaron a tener un peso real.

(24) Jiménez de Asúa, Luis. Tomo II, Op. cit. p. 66

(25) Jiménez de Asúa, Luis. Tomo II, Op. cit. p. 88

2. CONCEPTO DEL DELITO.

A. FRANCISCO CARRARA

Para abordar este tema, es importante destacar que el delito a través de todos los tiempos se le ha intentado definir universalmente sin que hasta la fecha se haya logrado.

La palabra delito etimológicamente "se deriva del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere, dejar, el -- prefijo de, en connotación peyorativa, se toma como linquere viam ó rectam viam; dejar ó abandonar el buen camino". (26)

Asimismo se ha tratado de elaborar un concepto de tipo filosófico, siendo inútil, en virtud de que su noción está en íntima conexión con la concepción moral y jurídica de cada pueblo y ésta cambia de época a época. Para Pessina "es la negación del derecho o un ata que al orden jurídico". (27)

Así en la búsqueda de uniformidad de criterios, muchos tratadistas han elaborado sus propios conceptos.

Para Francisco Carrara, principalmente exponente de la Escuela Clásica, lo define como: "La infracción de la Ley del Estado, pro mulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo ó negativo, moralmente im putable y políticamente dañoso". (28)

(26) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, Tercera Edición, México 1975, p. 202

(27) Carranca y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Tomo I Edit. Porrúa, México 1974, p. 173

(28) Citado por Pavón Vazconcelos, Francisco. Op. cit. p. 154

Con esta definición Carrara señala que es la fórmula sacramental - que permite fijar el límite de lo lícito y al transgredirlo se cae en la negación del derecho.

Al hacer un análisis de la definición de Carrara, se observa que el delito existe en cuanto la conducta infringe o viola la ley, se promulga para proteger a los ciudadanos, es decir protege los intereses de la sociedad; la infracción resulta de un acto del hombre que son los que tienen trascendencia para el derecho Penal; debiendo manifestar su voluntad, este acto puede ser positivo o negativo que comprende tanto las acciones u omisiones; moralmente imputable sólo el hombre está sometido a la ley penal, en virtud de su responsabilidad moral; políticamente dañoso que confirma la protección de la seguridad de los ciudadanos.

La definición de Carrara, en opinión del maestro Jiménez de Asúa, - dá origen a la concepción dogmática que surge en Alemania y acoge Italia, acto tipo, antijuridicidad y culpabilidad.

Esta concepción habría de originar todas aquellas concepciones que conocemos de la teoría del delito y sobre las cuales descansa, -- siendo perfeccionada por Binding al señalar que no se infringe la ley, sino que se violan los principios que la inspiran.

B. ENRIQUE FERRI.

Este positivista define al delito como: "las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media en un momento - dado". (29)

(29) Citado por Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, - El Delito, Tomo III, Edit. Losada, Cuarta Edición, Córdoba, Buenos Aires, Argentina 1963, p. 48

El anterior criterio surge para enriquecer la concepción de Garofalo, pues en opinión de Ferri, existen otros sentimientos aparte de los de probidad y piedad como lo veremos más adelante cuando analice la definición de Garofalo, explicando que antes que esos sentimientos debe verse la ofensa a las condiciones de existencia social.

De la concepción de Ferri, Florian deduce dos conceptos, el jurídico y el sociológico y explica "que jurídicamente el delito representa la expresión formal; sociológicamente lo sustancial de un hecho que revistió al que se le atribuye significado de daño ó de peligro para las condiciones de vida humana, individual y social". - (30)

Ferri al hablar de moralidad media hace imperante tal construcción por que esta moralidad, sufre mutaciones con el transcurrir del tiempo. Siendo en opinión de Alimena "inútil esta concepción para el derecho Penal, por que daría sólo una explicación de una parte mínima de los delitos contenidos en el código". (31)

Además de que esta moralidad media evoluciona en cada pueblo y se modifica con el tiempo.

He mencionado a Ferri, por ser el más connotado positivista, sin embargo la definición de Rafael Garofalo respecto del delito, fué la que sugirió un mayor interés para su estudio entre los tratadistas, la cual mencionaré a continuación.

Para Garofalo la única definición válida es la del delito natural, exponiendo que el verdadero delito es el natural y no el creado artificialmente, siendo que no es posible tal objetivo, al no haber consenso universal de tal afirmación.

(30) Citado por Soler, Sebastian. Derecho Penal Argentino, Tomo II, Edit. Tipográfica, Sexta Reimpresión, Buenos Aires, Argentina 1973, p. 236

(31) Jiménez de Asúa, Luis. Tomo III, Op. cit. p. 50

En opinión de Maggiore, Garófalo "advirtió la necesidad de situar - un delito natural al lado del positivo ó legal, pero entendió mal esta naturalidad al buscarla en el consentimiento unánime de los - pueblos en una especie de universalidad histórica". (32)

Es así que define al delito natural como: "la lesión de aquella parte moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales- (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentre en las razas humanas superiores cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad". (33)

En opinión de algunos tratadistas de derecho Penal, Garófalo limita su teoría y la circunscribe a una época, no siendo esta completa- por existir otros sentimientos tales como: el religioso que en un momento dado se puede afectar. Y como afirma el maestro Soler "los sentimientos de piedad y probidad difieren radicalmente hasta deter- minar, según el tiempo, la nominación de los actos más diver- sos". (34)

Por mi parte estimo que las concepciones de Garófalo y Ferri, rebasan el campo del derecho, siendo éstas limitadas en cuanto a sus alcances, por no construir una verdadera definición jurídica.

C. JURIDICO FORMAL.

Esta noción en opinión de la mayoría de los tratadistas el derecho Penal, no debería de existir, en virtud de no aportar elementos que permitan el conocimiento real acerca del delito.

(32) Maggiore, Guiseppe. Volúmen I, Op. cit. p. 256

(33) Cita Carranca y Trujillo, Raúl. Op. cit. p. 173

(34) Soler, Sebastián. Tomo II, Op. cit. p. 233

Las definiciones que se han integrado en los Códigos Penales Mexicanos, que a continuación mencionaré, en realidad no aportan elementos suficientes para comprender la noción del delito.

El Código Penal de 1871, en su artículo 4o., señala: "delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que ella manda". (35)

Esta definición es confusa, ya que no se infringe la ley penal, si no los principios que sustenta la ley. Por otro lado al hablar de voluntario no se sabe con exactitud si se refiere tanto a los actos intencionales, como no intencionales.

El Código Penal de 1929, en el artículo 11, establece que delito "es la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal". (36)

En opinión del maestro Carranca y Trujillo, la definición que se hace en el Código de 1929, es incompleta por cuanto a que circunscribe al delito dentro del radio de acciones humanas, mirando exclusivamente a sus efectos y no comprende delitos de peligro, además que los delitos no atacan derechos, sino los bienes que éstos protegen.

Afirmación a la que me adhiero, y señalando que por bien debe entenderse todo aquello de naturaleza material ó incorporal que sirve para satisfacer necesidades humanas individuales o colectivas.

Por último, el Código Penal de 1931, en el artículo 7o., preceptúa delito "es el acto ó omisión que sancionan las leyes penales".(37)

(35) Cita Carranca y Trujillo, Raúl. Op. cit. p. 177

(36) Cita Porte Pettit, Celestino. Op. cit. p. 244

(37) Código Penal para el Distrito Federal. Edit. Porrúa, México, D. F. 1987, p. 9

Es innecesaria esta definición, por ser incompleta, pues sólo deja entrever que el delito es una conducta purible. Lo que se puede deducir, es que el delito es un hecho humano y como tal tiene trascendencia para el derecho, además esta conducta es contraria al orden jurídico.

D. NOCION JURIDICO SUBSTANCIAL.

Para obtener un verdadero concepto de delito, es necesario recurrir a la dogmática, único camino que permite establecer una teoría del delito, lo cual permitirá estudiar a sus elementos, sus aspectos negativos y las formas de manifestarse del mismo. O como lo señala Rainieri "la teoría del delito debe enfocarse hacia estos problemas; existencia del delito, su inexistencia y aparición del mismo". (38)

Existen dos concepciones que pretenden explicar la composición del delito. Una, la concepción totalizadora o unitaria y la concepción analítica o atomizadora. La primera concepción ve en el delito un bloque monolítico o un todo orgánico, que puede verse en sus distintos aspectos pero que no es fraccionable para entender su esencia. Por otra parte la concepción analítica o atomizadora, ésta si estudia individualmente a cada uno de los elementos constitutivos del delito, pero sin perder de vista que existe un vínculo indisoluble entre ellos, ya que el delito es un todo.

Dentro de la concepción atomizadora, encontramos corrientes que definen al delito por el número de sus elementos, por lo que se habla de la corriente dicotómica o bitómica, tritómica, tetatómica, pentatómica y hexatómica.

(38) Citado por Porte Pettit, Celestino. Op. cit. p. 239

Un ejemplo de la concepción tetratómica la encontramos en el concepto de Edmundo Mezger que considera al delito como "una acción típicamente antijurídica y culpable". (39)

Por otro lado el maestro Luis Jiménez de Asúa, define al delito como: "acto típicamente antijurídico imputable al culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se halla conminado por una pena o en ciertos casos con una determinada medida de seguridad en reemplazo de ella". (40)

Según explica el maestro Jiménez de Asúa, habla de acto pues abarca tanto la acción, como la omisión, típicamente antijurídico, para -- que desde el primer momento se ligue lo típico e injusto, imputable en virtud de que es la acción del hombre y no del sujeto actor como ordinariamente se dice por que es presupuesto de la culpabilidad.

Para los fines del presente trabajo, adoptaré la posición hexatómica sobre el delito que permitirá un mayor conocimiento del mismo.

En México, según el criterio del maestro Porte Pettit y de acuerdo con lo que establece el artículo 7o. del Código Penal vigente, el concepto delito corresponde a la concepción biotómica, pero que al relacionarlo con el propio ordenamiento se integran los elementos siguientes: "una conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, antijuridicidad, culpabilidad, a veces alguna condición objetiva de punibilidad y la punibilidad". (41)

Asímismo a la par de los elementos constitutivos del delito, existen los aspectos negativos sobre cada uno de los elementos y que en un momento dado no permiten la aparición del mismo. Tenemos que el aspecto negativo de la conducta o hecho es la ausencia de conducta; de la tipicidad, la atipicidad; de la imputabilidad, la inimputabi-

(39) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.136

(40) Jiménez de Asúa, Luis. Tomo III, Op. cit.p. 63

(41) Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p.p. 248-149

lidad; de la antijuridicidad, las causas de justificación, la culpabilidad, la inculpabilidad; de las condiciones objetivas de punibilidad, la ausencia de condiciones objetivas y de la punibilidad, las excusas absolutorias.

Lo cual analizaré con mayor profundidad en el capítulo subsecuente y que permitirá agotar parte del objetivo de este trabajo.

Se ha discutido acerca de la prioridad lógica de los elementos del delito y en opinión del maestro Porte Pettit, precisa la inexistencia de esa prioridad lógica en virtud de que estos concurren simultáneamente, existiendo relación lógica, "habida cuenta de que nadie puede negar que para que concurra un elemento del delito, debe antecederle el correspondiente, en atención a su naturaleza propia del delito". (42)

Esto es que ningún elemento es fundante del siguiente, pero si necesario para que el otro elemento exista.

A continuación hablaré acerca de los sujetos en el delito. El sujeto activo, tendrá que ser necesariamente el hombre, pues es el único que se encuentra provisto de capacidad y voluntad y con sus actos puede infringir el ordenamiento jurídico.

En otras épocas, principalmente en la antigüedad, se consideró que no sólo el hombre podía delinquir, sino los animales también, en la época moderna ha sido superada tal concepción.

Existe hoy el criterio que comenta el maestro Pavón Vasconcelos en el sentido que se "ve al humano como único sujeto activo del delito e invoca preferentemente en su apoyo los principios de imputabilidad y personalidad de la pena, ha encontrado consagración en-

(42) Porte Pettit, Celestino. Op. cit. p. 157

nuestros textos positivos". (43)

He de decir también que el sujeto activo no sólo es la persona que participa ejecutando materialmente el delito; sino lo es también quien contribuye a su ejecución de alguna forma ya sea proponiendo ó instigando a la realización del ilícito, o auxiliando antes o -- después de su consumación

Respecto a que si la persona moral se puede considerar sujeto activo del delito, en México se sigue el criterio "que limita la responsabilidad de las personas morales al campo del derecho privado y -- fundamentalmente al aspecto patrimonial, en orden a la implicación por cuanto a ellas respecta, del concepto de imputabilidad. La -- persona moral no delinque". (44)

Esto es, si una sociedad o agrupación, a través de sus representantes legales, comete algún ilícito, con medios otorgados para tal fin por la persona moral, de modo tal que se cometa al amparo de ella, la ley sólo decreta la disolución de la misma.

Referente al sujeto pasivo del delito en épocas pasadas, no existía acuerdo al respecto, hoy en día reina el consenso unánime sobre lo que es el sujeto pasivo. Según expresa el maestro Jiménez de Asúa: "sujeto pasivo del delito es todo poseedor de un bien ó de un interés jurídicamente protegido. Por consiguiente lo son: el hombre, la persona jurídica, el Estado ó Colectividad". (45)

Se afirma que sujeto pasivo puede ser una persona incapaz, ejemplo de ésto se presenta en el infanticidio donde el sujeto pasivo es

(43) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 164

(44) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 164

(45) Jiménez de Asúa, Luis. Tomo III, Op.cit.p.84

el recién nacido. En cuanto a la persona moral, lo es cuando lesionan sus bienes jurídicos tal como el patrimonio y aún se habla del honor del que puede ser titular. El Estado por los delitos - que atentan contra su seguridad e independencia.

Para explicar la clasificación de los delitos en orden a los sujetos, seguiré el criterio del penalista Pavón Vasconcelos.

Respecto al sujeto pasivo se clasifican:

1. Personales, cuando la lesión recaé sobre una persona física.
2. Impersonales, cuando la lesión recaé sobre una persona moral.

Atendiendo al sujeto activo, tomando en cuenta la calidad del mismo y el número que intervienen, se clasifican:

1. EN RAZON DE LA CALIDAD DEL SUJETO:

- a. Delitos de sujeto común o indiferente, su comisión la pretende realizar cualquier persona. (lesiones, homicidio).
- b. Delitos exclusivos, propios del ó de un sujeto calificado en éstos el sujeto activo debe reunir cierta cualidad o -relación personal (parricidio, peculado).

2. EN RAZON DEL NUMERO DE SUJETOS:

- a. Delitos monosubjetivos, en el cual el delito es cometido por una sola persona.
- b. Delitos plurisubjetivos, estos delitos requieren el concurso necesario de varios sujetos para cubrir el tipo.

Sobre el objeto del delito, diré, que la mayoría de los tratadistas, distinguen entre objeto de la infracción y objeto material.

La primera "es la ley, la norma, el derecho que se ha violado, o - el bien ó interés jurídicamente protegido. En cuanto al segundo - lo constituyen evidentemente la cosa ó persona sobre la que se produce el delito". (46)

El vocablo utilizado en la denominación, varía, así Jiménez de Asúa habla de objeto de protección y objeto de acción. Para Pavón Vasconcelos, retomando la acepción de la doctrina explica: "enten demos por objeto jurídico el bien jurídico tutelado a través de la ley mediante la amenaza de la sanción.

El objeto material es la persona o cosa dañada o que sufre el peligró derivado de la conducta delictiva". (47)

El criterio de la mayoría de los estudiosos de derecho Penal sostiene que no hay delito sin objeto jurídico, ya que éste es su esencia. Así en el homicidio el objeto jurídico es la vida humana y el objeto material la persona sobre la que recae la conducta.

Para concluir con este capítulo, hablaré acerca de los presupuestos del delito, donde existen dos corrientes, una afirmando su existencia y otra negándola.

El creador de los presupuestos del delito es Manzini y explica: -- "son aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho, positivos ó negativos a la existencia ó inexistencia del titulo delictivo de que se trata". (48)

(46) Jiménez de Asúa, Luis. Tomo III, Op. cit. p. 102

(47) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. p.p. 162-163

(48) Jiménez de Asúa, Luis. Tomo III, Op.cit. p. 310

Los que aceptan la existencia de los presupuestos hablan de:

- a. Presupuestos del delito y del hecho y,
- b. Los que únicamente sostienen los presupuestos del hecho.

Porte Pettit adopta la última postura y define a los presupuestos de delito como "aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta ó hecho descritos por el tipo, y de cuya existencia depende el título o denominación del delito respectivo". (49)

La doctrina habla de presupuestos generales y especiales del delito; los primeros son comunes a los delitos en general, los segundos a cada figura en particular.

Los presupuestos generales son:

- a. La norma penal, tanto el precepto y la sanción.
- b. El sujeto activo y pasivo.
- c. La imputabilidad.
- d. El bien tutelado.
- e. El instrumento del delito.

Estos presupuestos generales habrán de ser presupuestos de cada uno de dichos elementos; el sujeto activo lo será el elemento objetivo, conducta ó hecho y el tipo de la tipicidad, la imputabilidad, de la culpabilidad.

En los especiales con cada figura en particular, ejemplo: Parricidio donde se invoca la relación de parentesco.

(49) Porte Pettit, Celestino. Op. cit. p. 262

Al haber ausencia de presupuestos generales se puede originar ausencia de tipo, si no hay norma penal ó según los casos al diverso aspecto negativo.

Porte Pettit señala los presupuestos de la conducta o hecho y explica que son: "aquellos antecedentes jurídicos o materiales previos o necesarios para que pueda realizarse la conducta o hecho tf pico. (50)

Los elementos del presupuesto de la conducta o del hecho son según el autor:

- a. Un antecedente jurídico ó material.
- b. Previo a la realización de la conducta.
- c. Necesario para la existencia la conducta ó hecho, descritos en el tipo.

La ausencia de estos presupuestos implica fatalmente la imposibilidad de la realización de la conducta o hecho. Como ejemplo del presupuesto jurídico en el delito de bigamia se requiere el matrimonio, del material en el aborto es necesario el embarazo.

Acepto la posición de los presupuestos de la conducta ó hecho.

CAPITULO II

GENERALIDADES SOBRE LOS ELEMENTOS POSITIVOS Y ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.

1. CONDUCTA
2. AUSENCIA DE CONDUCTA
3. TIPICIDAD
4. ATIPICIDAD
5. ANTIJURIDICIDAD
6. CAUSAS DE JUSTIFICACION
7. IMPUTABILIDAD
8. INIMPUTABILIDAD
9. CULPABILIDAD
10. INCULPABILIDAD
11. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD
12. AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD
13. PUNIBILIDAD
14. EXCUSAS ABSOLUTORIAS

1. CONDUCTA.

El término acción, ha sido discutido por todos los escritores penales, no existiendo consenso entre éstos, sobre la verdadera acepción que debiera tener, es así que se emplean diversos vocablos para significarlo, tales como: acción, acto, acaecimiento, mutación en el mundo exterior, conducta ó hecho.

Destacando que dentro de la prelación lógica de los elementos del delito, ocupa un primerísimo lugar, que le da relevancia especial, en virtud de que en él descansan los elementos restantes.

Es así que se plantean las siguientes denominaciones. Para el penalista español Eugenio Cuello Calón: "el delito ante todo es un acto humano, una modalidad jurídica trascendente de la conducta humana, una acción". (1)

Al respecto de la acción existen dos corrientes que señalan:

- a. La que opta por aceptar la acción comprensiva de la acción u omisión, la acción en sentido lato.
- b. La que estima que no debe usarse el término acción como agotador de las dos formas de conducta, sino únicamente designar "el hacer". (2)

La primera postura la admiten Cuello calón y Guiseppe Maggiore, el primero manifiesta que la acción en amplio sentido comprende tanto la "conducta activa, el hacer positivo, la acción en sentido estricto" y "la conducta pasiva, la omisión". (3)

(1) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I, Edit. Bosch, Décimo Séptima Edición, Barcelona, España 1957, p. 333.

(2) Forte Pettit, Celestino. Op. cit. p. 289

(3) Cuello calón, Eugenio. Tomo I, Op. cit. p. 334

En tanto que el segundo dice que la acción "es una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo que produce alguna mutación en el mundo exterior". (4)

Respecto a la segunda posición, el maestro Porte Pettit manifiesta "La expresión acción no es la adecuada, porque no contiene o abarca a la omisión, al ser su naturaleza contraria a ésta. La acción implica movimiento". (5)

Por lo que es correcta la segunda postura, que informa que no debe emplearse el término acción para las dos formas de conducta.

El Penalista argentino, Luis Jiménez de Asúa, emplea la palabra acto en virtud de que supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta, y define el acto como la "manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda". (6)

Sobre este criterio el autor Romano Di Falco, considera el acto como parte de la acción, en cuanto existen casos en que esta no se agota en un acto único, es decir en un sólo movimiento corporal.

Asimismo el maestro Porte Pettit afirma que el acto "al igual que la acción, implica únicamente el hacer y por tanto, no puede comprender la omisión, que constituye lo contrario de aquél". (7)

Opiniones válidas, pues el acto al igual que la acción tienen un sentido muy restringido.

(4) Maggiore, Guiseppe. Volúmen I, Op. cit. p. 309

(5) Porte Pettit, Celestino. Op. cit. p. 290

(6) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, Op. cit. p. 210

(7) Porte Pettit, Celestino. Op. cit. p.p. 290-291.

Otros como Mayer utilizan el vocablo acaecimiento, el cual es indicado, según manifiesta Ferrer de Sonda, citado por el escritor Porte Pettit, por responder erróneamente a los delitos sin manifestación de voluntad y ésta es un elemento del delito.

Algunos más emplean el término mutación exterior, el que tampoco parece acertado por referirse a la consecuencia de la conducta, el resultado que constituye un elemento del delito.

Los que comparten el criterio de que en ciertos casos se debe hablar de conducta y en otros de hecho son el maestro Porte Pettit y el jurista Pavón Vasconcelos. El primero expresa que el término adecuado es conducta para abarcar la acción y la omisión, pero no puede quedar incluido el vocablo hecho ya que éste se conforma por la concurrencia de la conducta, el resultado material y la relación de causalidad. El maestro Pavón apoya este criterio.

De esta acepción se deducen los delitos de mera conducta, cuando el tipo no exige un resultado material y se estará en presencia de delitos resultado material cuando el tipo así lo necesite para su concreción.

Jiménez de Asúa no acepta la denominación conducta pensando que es "una actuación más continuada y sostenida que la del mero acto psicológico". (8)

Es importante externar que el hecho por sí solo tampoco es correcto porque como se ha citado anteriormente, estaremos en presencia sólamente de delitos de resultado material.

Expuesto lo anterior, lo más adecuado en mi opinión, es lo manifestado por los juristas mexicanos.

(8) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. p. 173

Aclarando esto, me referiré a la conducta. Pavón Vasconcelos la define como "el peculiar comportamiento que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria". (9)

De aquí se desprenden los siguientes elementos:

- a. Un comportamiento.
- b. Exterior.
- c. Con una actividad o inactividad.
- d. Voluntario.

El maestro Porte Pettit, expresa que la conducta "consiste en un hacer voluntario o en un no hacer voluntario o no voluntario (culposo)". (10)

En esta concepción aparece un nuevo elemento, la conducta involuntaria, que también tiene trascendencia para el derecho Penal, pues le marca una juicio de reprochabilidad.

Rainiere citado por Pavón Vasconcelos, señala que conducta "es la manifestación en el mundo exterior mediante un movimiento o inercia corporar del sujeto". (11)

De las definiciones anteriormente expuestas se infiere que la conducta comprende tanto a la acción (hacer), como a la omisión (no hacer) dotadas de voluntad, destacando que habrá casos en los que el derecho Penal tiene señalado un juicio de reproche por conductas involuntarias pero que no salen totalmente del control del agente.

- (9) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. p. 176
- (10) Porte Pettit, Celestino. Op. cit. p. 295
- (11) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. p. 176

Referente a la acción existen varias acepciones para Cuello Calón, la acción en sentido restringido "consiste en un movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales dirigidos a la obtención de un fin determinado". (12)

- a. Un movimiento corporal o una serie.
- b. Voluntarios.
- c. Dirigidos a un fin.

El maestro italiano Maggiore, sostiene que la acción en sentido positivo consiste "en un movimiento corpóreo, en un movimiento muscular, en un hecho, en una actividad en sentido estricto". (13)

Como se observa Maggiore emplea, el término hecho dentro de su definición, por considerar que la acción produce una mutación en el mundo exterior, pero como lo he analizado precedentemente, la acción entendida como delito de conducta, no tiene un resultado material.

Pavón Vasconcelos afirma que "la acción consiste en la conducta - positiva, expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva" (14)

El jurista Porte Pettit, afirma que "consiste en el actividad o el hacer voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico ó extratípico. Es por ello que dá lugar a un tipo de prohibición" (15)

Analizando estas dos definiciones, he de concluir que son similares, en virtud de que un actor sigue la corriente del otro.

(12) Cuello Calón, Eugenio. Tomo I, Op. cit. p. 334

(13) Maggiore, Guiseppe. Volúmen I, Op. cit. p. 316

(14) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. p. 177

(15) Porte Pettit, Celestino. Op. cit. p. 300

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene que por acción debe entenderse el comportamiento corporal voluntario.

En mi opinión, los criterios más acertados respecto de la acción, son los de Porte Pettit y Pavón Vasconcelos, por darle una justa dimensión al término acción y en él muchos estudiosos del derecho Penal coinciden.

Como elementos de la acción, tenemos que Pavón Vasconcelos, indica que son el coeficiente psíquico, que se identifica con la voluntad o el querer y el coeficiente físico identificado con la actividad, a esto habrá que agregarle el deber jurídico de abstenerse del que habla el maestro Porte Pettit.

El coeficiente psíquico en la acción, consiste en la voluntad de querer realizar la acción, según el criterio del penalista Pavón Vasconcelos.

Maggiore define a la voluntad como "la libre determinación del espíritu (acto de determinación) que provoca inervación y/o movimiento". (16)

Sintetizando la voluntad constituye el elemento subjetivo de la acción.

El coeficiente físico de la acción se identifica con la actividad o movimiento corporal. Para Porte Pettit, la actividad constituye un elemento de la acción, pero requiere del coeficiente psíquico - ya que por sí solo no puede serlo.

(16) Maggiore, Giuseppe. Volúmen I, Op.cit. p. 317

Con respecto al tercer elemento, habrá de existir un deber jurídico de abstenerse, es decir de no obrar, de no efectuar lo que el tipo prescribe.

Ahora me referiré a la otra forma de conducta, la omisión, que presenta dos clases:

- a. La omisión propia y
- b. La omisión impropia y llamada también comisión por omisión.

Respecto de la omisión propia Cuello Calón establece es "la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado". (17)

En esta definición encontramos los siguientes elementos:

- a. Una inactividad.
- b. Voluntaria.
- c. Deber de obrar.

El maestro Pavón Vasconcelos señala que "es una conducta negativa es inactividad voluntaria, con violación de una norma penal". (18)

De aquí se desprenden los siguientes elementos:

- a. Una inactividad.
- b. Voluntaria.
- c. Violación de una norma penal.

Se debe entender que la violación de la norma penal, ha de ser no-cumpliendo con lo que ella prescribe.

(17) Cuello Calón, Eugenio, Tomo I, Op.cit. p. 336

(18) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. p. 177

El escritor mexicano Porte Pettit, considera a la omisión simple como "el no hacer voluntario o involuntario (culpa) violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico dando lugar a un "tipo de mandamiento" o "imposición". (19)

Estima este autor como elementos:

- a. La voluntad o no voluntad (culpa)
- b. Inactividad ó no hacer
- c. Deber jurídico de obrar y
- d. Resultado típico.

La voluntad habrá de consistir en no querer efectuar la acción exigida, incluyendo a la inactividad involuntaria. Esta inactividad o no hacer provocará que se viole una norma preceptiva, no se ejecuta lo que ella ordena.

El deber de obrar es analizado dentro de la omisión aunque otros tratadistas niegan esta posición.

El resultado típico se refiere a un mutamiento de orden jurídico

Revisando cada de las posiciones, encuentro consenso de opinión en las mismas, en virtud de que todas se refieren a una inactividad voluntaria, existiendo un deber jurídico de obrar.

Destacando lo que menciona Porte Pettit, sobre los delitos culposos en los cuales, aún siendo involuntaria quedan comprendidos como conductas delictivas que tienen sanción. Referente a esto --- Maggiore afirma "existen actos, aunque involuntarios e inconcientes no están del todo sustraídos al gobierno de la voluntad".(20)

(19) Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p.p. 305-306

(20) Maggiore, Guisepe. Volúmen I, Op.cit. p. 311

Concluyo que la omisión es la inactividad prescrita por la norma penal preceptiva, aquella con caracter voluntario ó involuntario (culpa).

Por lo que toca a la segunda forma de omisión, la comisión por omisión, el maestro Pavón Vasconcelos la define como una inactividad voluntaria que viola una norma preceptiva y una prohibitiva.

El penalista español Cuello Calón, sostiene que los delitos de comisión por omisión o falsos delitos omisión, consisten "en la producción de un resultado delictivo de carácter positivo mediante inactividad cuando existe el deber". (21)

El autor al hablar de resultado positivo, se refiere concretamente, a que habrá de existir necesariamente una mutación en el mundo exterior.

Porte Pettit considera que existe un delito de comisión por omisión, si hay un "delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario ó no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal ó de otra norma de derecho) y una prohibitiva". (22)

Como elementos del delito se tiene:

- a. Una inactividad
- b. Voluntaria ó involuntaria
- c. Un deber de obrar (una acción esperada y exigida) y un deber de abstenerse.
- d. Resultado típico y material.

(21) Cuello Calón, Eugenio. Tomo I, Op.cit.p. 337

(22) Porte Pettit, Celestino. Op.cit. p. 311

En este caso, al igual que en la omisión simple, la voluntad del agente habrá de consistir en no querer efectuar la acción esperada y exigida violándose un deber de obrar, que de acuerdo a la doctrina puede emanar de un precepto jurídico, de una obligación que se haya aceptado como deber de obrar y de un actuar o acción precedente que no sean dolosos.

Respecto al deber derivado de un precepto jurídico, éste puede originarse de una norma preceptiva que puede ser de naturaleza penal o de otra rama de derecho.

En opinión de Porte Pettit, la violación de estas normas preceptivas, no es lo que constituye el delito, sino es el medio de realizar el hecho previsto por la norma penal como delito, para violar la norma preceptiva.

Sobre el deber derivado de una obligación o sea de una anterior aceptación del deber de obrar.

Mezger expresa al respecto, "ante todo, los casos de aceptación de un deber, en virtud de un negocio jurídico y especialmente sobre la base de un contrato". (23)

El deber de obrar procede anteriormente a la acción esperada y exigida.

El deber derivado de un actuar o acción precedente que no sea doloso. Para esto la doctrina tiene dos hipótesis. Cuando "una acción puede lesionar intereses jurídicos de terceros, o aumentar el peligro en que ya se encontraban; casos en que el sujeto está obligado o tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar el infortunio". (24) Si el agente no realiza esta última

(23) Citado por Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p. 313

(24) Cita Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p. 317

hipótesis, estaremos en presencia de un delito doloso, ya que su resultado va dirigido hacia un fin, siendo el delito de acción ó de omisión.

Por lo que se refiere al resultado típico y material, habré de decir que necesariamente debe existir un concurso de doble resultado, el jurídico y el material.

Ahora hablaré del hecho como elemento objetivo del delito. Como lo manifesté anteriormente, para muchos autores el término hecho es demasiado amplio pero en lo particular, es el vocablo más adecuado, conforme a lo argumentado por sus defensores.

El maestro Cuello Calón, señala que en la acción entendida como hecho, debe existir un resultado material que "consiste en una modificación del mundo exterior". (25), esta opinión la comparte el maestro de Pisa, Maggiore, corriente que ha sido denominada materialista.

El penalista Porte Pettit por su parte afirma "por hecho entendemos a la conducta, el resultado y el nexa causal". (26)

Como elementos tenemos:

- a. La conducta
- b. Resultado y
- c. Nexa de causalidad

a. Conducta:

Por lo que se refiere a ella, ya lo he tratado precedentemente, - por lo que estimo pertinente no hacerlo nuevamente.

(25) Cuello Calón, Eugenio. Tomo I, Op.cit.p. 340

(26) Porte Pettit, Celestino. Op.cit. p. 351.

b. Resultado.

Sobre este aspecto, Cuello Calón expresa que el resultado de la acción es "el efecto externo, la consecuencia de ésta que el derecho penal toma para sus fines". (27)

Para el maestro Pavón Vasconcelos, por resultado debe entenderse en su más amplia acepción "el obrar y omitir del hombre que producen un conjunto de efectos en el mundo naturalístico". (28)

Acerca del resultado existen dos concepciones, la naturalística ó material y la jurídica ó formal. La primera sostiene que habrá resultados cuando se produce una mutación en el mundo exterior de naturaleza física, anatómica, fisiológica y psíquica.

La segunda cuando se produzca un cambio en el mundo jurídico ó inmaterial, al lesionarse ó ponerse en peligro el bien jurídicamente protegido.

El maestro Porte Pettit manifiesta: "considero tanto la concepción jurídico-formal, como la naturalística ó material dotada de validez para elaborar tal concepto, según sea la descripción del tipo".

Idea a la que me adhiero pues aceptar una sola posición no es suficiente para explicar ambos resultados.

Para reafirmar lo anterior, retorna la idea de Maggiore que afirma que el resultado "es la consecuencia de la acción, que la ley considera decisiva para la realización del delito; ó lo que es lo mismo la realización del tipo de delito juzgado por la ley". (29)

(28) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.195

(29) Maggiore, Guiseppe. Volúmen I, Op.cit.p. 357

Debo destacar sin embargo que para el maestro Jiménez de Asúa no tiene importancia la división de estos delitos, para él tiene relevancia la división de delitos de peligro y de lesión.

Criterio que es importante tomar en cuenta, pero que no es del todo válido, pues la clasificación de delitos de resultado formal y material permite ver con claridad qué delitos admiten la tentativa.

Maggiore opina que en los delitos de resultado formal es imposible la tentativa y afirma: "la acción se identifica temporal y espacialmente con el resultado, hasta dar la impresión de que la consumación se puntualiza en un sólo acto". (30)

En tanto que en los delitos de resultado material si es posible - la aparición de la tentativa.

c. Nexos de Causalidad.

Referente a la acción, se requiere que entre la conducta y el resultado, exista un nexo de causalidad para que aquél sea atribuible a un sujeto.

Porte Pettit estima que "la relación causal consiste en un nexo - entre un elemento del propio hecho (conducta) y una consecuencia de la misma (resultado material) que viene igualmente a ser un elemento del hecho". (31)

Por otra parte el maestro Jiménez de Asúa, expresa que el nexo causal se da "cuando no se puede suponer suprimido el acto de

(30) Maggiore, Giuseppe. Volumen I, Op.cit.p. 368

(31) Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p. 335

voluntad humano, sin que deje de producirse el resultado concreto". (32)

Sobre este tema varios autores entre ellos Díaz Paloz, Anton Oneca y Bettiol, opinan que el nexu naturalístico se presenta en los delitos de resultado material.

Criterio al que me adhiero, pues únicamente en el mundo naturalístico se presenta el fenómeno del resultado material.

Existen varias teorías respecto al nexu causal:

1. La teoría de la equivalencia de las condiciones, para explicar esta teoría hay dos criterios:
 - a. Que toda condición es causa del resultado.
 - b. Que el conjunto de todas las condiciones son causa del resultado.

El último criterio es adoptado por los penalistas mexicanos Porte Pettit y Pavón Vasconcelos.

El primero considera que es necesaria la concurrencia de todas las condiciones para que se produzca el resultado, pues si se suprime una de ellas, este no se presentará.

Esta teoría ha sido atacada por muchos autores que piensan, que a veces se llega a exagerar en su aplicación y no soluciona el problema de responsabilidad, por ir en muchas ocasiones más allá de ella.

A todo este problema, se le ha querido dar una solución mediante el correctivo de la culpabilidad.

(32) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, Op.cit.p.221

Antolesei expresa "puesto que para la responsabilidad no basta el nexo de causalidad, sino que es necesario también el concurso del dolo o de la culpa, mediante este elemento, la responsabilidad misma queda circunscrita en los límites justos". (33)

Los maestro Pavón Vasconcelos y Porte Pettit entre otros, no admiten el correctivo de la culpabilidad. El segundo afirma que no puede ser correctivo lo que es elemento; en virtud de existir una relación psicológica entre el sujeto y el resultado que es la función de la culpabilidad. Y una vez comprobados los elementos del hecho, es necesaria la concurrencia de los demás elementos hasta llegar a la culpabilidad.

Comparto la opinión del maestro Porte Pettit y acepto la teoría - sine quanon para el estudio del nexo de causalidad.

Ahora me referiré a las llamadas teorías individualizadoras.

1. Teoría de la última condición formulada por Ortomann. Esta teoría considera como causa del resultado, la última conducta realizada. Esta teoría no es aceptada, por que el derecho en muchas ocasiones atribuye el resultado a quien ha puesto en movimiento - un antecedente que no representa la última condición. Ejemplo: el que utiliza un perro para matar.

2. Teoría de la condición más eficaz. Defendida por Birkmeyer, fundada en un criterio de cantidad. El criterio que se sigue, es que ha de ser eficaz la causa que más haya contribuido a la producción del resultado.

Esta teoría no es aceptada por Porte Pettit.

(33) Citado por Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p.332

3. Teoría de la Adecuación o Causación adecuada. Formulada por Bar en 1872, es considerada como una limitación a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Esto acuerda que no cualquier causa es productora del resultado, sino la que es apropiada para producir el resultado normalmente.

Antolesei, no la acepta por extender exageradamente el campo de las irresponsabilidades.

4. Teoría de la Causa Humano Exclusiva. Dada por Antolesei, Maggiore considera "que debe colocarse, aunque con deficiencias notables dentro del marco de la causalidad adecuada". (34)

Respecto al nexo causal en la omisión, existen dos corrientes: una que niega el principio de causalidad en la omisión y otra que lo afirma.

Dentro de la corriente que afirma la existencia de la causalidad en la omisión impropia, hay varios criterios:

a) La teoría del Aluid actum, agere o facere contemporánea o diversa, el criterio que sostiene es que la causa debe de encuadrarse en la acción efectuada por el agente, en lugar de realizar la esperada y exigida, esta posición es sostenida por Luden.

Posición que no es aceptada por algunos autores al no encontrarse el nexo causal en la acción contemporánea.

b) La teoría de la Acción Precedente. Señala "el que omite algo se ha puesto antes, mediante una acción positiva en la situación de no impedir el resultado y esta acción precedente sería causa del resultado. (35)

(34) Maggiore, Guiseppe. Volúmen I, Op.cit.p. 328

(35) Maggiore, Guiseppe. Volúmen I, Op.cit.p. 347

Se objeta por que no siempre hay una acción precedente.

c) Teoría Negativa. Que considera la omisión como una forma autónoma de la actividad criminal, punible sin tener en cuenta el nexo de causalidad en el resultado y en virtud de su antijuridicidad". (36)

Maggiore afirma que este problema se confundiría con el de la antijuridicidad misma.

El maestro Pavón Vasconcelos, expresa que la causalidad en los delitos de comisión por omisión, está en la propia omisión, puesto que lo que adquiere relevancia jurídica, no es el no hacer nada, sino el dejar de hacer algo que la norma espera, posición de Mezger, pero difiere en cuanto que la acción positiva pensada o esperada y/o su resultado en virtud de que la propia omisión constituye la condición causal por ser conditio sine qua non del evento.

Clasificación del Delito en Orden a la Conducta y al Resultado.

Para el estudio de estos aspectos seguirá la sistematización adoptada por el maestro Celestino Porte Pettit.

a). Delitos de Acción y Omisión. Dichas formas ya se estudiaron en la conducta.

b). Delitos de Omisión mediante acción. este criterio es sostenido por Manzini, al expresar que puede haber delitos omisivos cometidos mediante acción. Los maestros Porte Pettit y Pavón Vasconcelos, rechazan esta postura, pues lo importante es la omisión prevista en el tipo y no la acción, criterio que comparto.

(36) Maggiore, Guiseppe. Volúmen I, Op.cit.p. 349

c). Delitos Mixtos de acción y de Omisión. Que serán aquellos en los que en el tipo se exige un hacer y un no hacer. Ejemplo de ésto; los padres que presentan a un niño al registro civil y luego - ocultan su nombre.

d). Delitos sin conducta. Pavón Vasconcelos niega la existencia de estos delitos, ya que la conducta es un elemento esencial en el delito.

e). Delitos Unisubsistentes y Plurisubsistentes. Pannain, citado por el penalista Porte Pettit, expresa: "es delito unisubsistente el que se consuma en un solo acto y plurisubsistente cuando se consuma en varios actos". (37)

La distinción de estos delitos, es de gran importancia respecto a problemas relativos sobre la tentativa y el lugar y tiempo de la - comisión del delito.

Bettioli y Paniere, afirman que en los delitos unisubsistentes no puede presentarse la tentativa.

El maestro Porte Pettit, no acepta el anterior criterio y señala - que si se presenta la tentativa ejemplifica con el homicidio.

Los delitos plurisubsistentes en muchas ocasiones se confunden con los complejos, pero Sebastián Soler externa que los primeros son una fusión de hechos y no de figuras delictivas. En tanto que el - delito complejo es producto de dos hechos en sí mismo delictivos.

(37) Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p. 376

f). Delito Habitual. Eusebio Gómez señala que es "aquel constituido por diversos actos cuya comisión aislada no se juzga delictuosa". (38)

El orden al resultado de los delitos se clasifican en la forma siguiente:

a). Delitos Instantáneos. La doctrina atiende a dos criterios para elaborar este concepto.

- i) La consumación del delito.
- 2) La destrucción del bien jurídico tutelado.

Bettiol se apega al primer criterio y sostiene "que el carácter instantáneo del delito, no se determina por la instantaneidad o no del proceso ejecutivo sino por la consumación, observando a continuación que lo que determina la instantaneidad es la imposibilidad de que la lesión perdure en el tiempo". (39)

De acuerdo al segundo criterio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene que son aquellos en los que su duración concluye en el momento mismo de perpetrarse, por no poder prolongarse, tales como el incendio, lesiones y homicidio.

El Código Penal para el Distrito Federal, en el artículo 7, señala

"El delito es:

- a). Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos
- b). Delitos Instantáneos con efectos permanentes". (40)

(38) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.224

(39) Citado por Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p.380

(40) Código Penal para el Distrito Federal. Edit. Porrúa, México 1967, p.9

En estos delitos permanecen las consecuencias nocivas.

Soler expresa "habrá pues delitos instantáneos en su acción y en sus efectos, y serán aquellos que tras su momento de consumativo, no dejan más alteración que la lesión jurídica aún no reparada por la condena". (41)

c). Delitos Permanentes. Que la doctrina también ha denominado continuo o sucesivo.

Maggiore lo define como "el delito de consumación indefinida, el delito que dura, cuyo tipo legal continúa realizándose hasta que interviene alguna causa que lo hace cesar". (42)

De lo que se desprende que el delito dura y no sus efectos. El Código Penal en la fracción II del artículo 9, establece que es:

"Permanente ó continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y" (43)

d). Delitos formales y de resultado. Estos delitos ya los he analizado anteriormente al referirme a la conducta y al hecho como elementos del delito.

Por lo que respecta al tiempo y lugar del delito, este se estudia por los autores del derecho Penal, en distintos temas, unos en la validez temporal, otros en la conducta y el lugar del delito, en la validez espacial y otros en la conducta.

(41) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.226

(42) Maggiore, Guiseppè. Volúmen I, Op.cit.p. 371

(43) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México-1987, p. 9

Existen corrientes para resolver este problema:

- a) La teoría unitaria, que aplica sus criterios tanto tiempo como al lugar donde se comete el delito.
- b) Los que estudian por separado el lugar y tiempo de la omisión del delito.

Jiménez de Asúa, acepta la primera, en tanto que Bettiol sostiene el segundo criterio.

Para resolver el lugar y tiempo de cometida la acción, existen las siguientes teorías:

- 1) Teoría de la actividad ó residencia. Para esta teoría "es de terminante la acción ejecutada, el movimiento corporal que exterioriza la voluntad criminal". (44)

Esta posición es aceptada por algunos autores en virtud de no violar el principio legal de "no hay delitos sin tipo".

- 2) Teoría del resultado. Esta corriente explica que el lugar y tiempo de ejecución del delito, es en el cual se produce el resultado material, que es exigido por el tipo legal.

Esta teoría es aceptada para los delitos de resultado material, pero no así para los delitos formales en los que no se produce una mutación en el mundo exterior, en la tentativa tampoco es aplicable por no producirse el resultado.

- 3) Teoría del trayecto total del hecho. Esta es sostenida por Beling "se comete aparte del lugar y el tiempo de su fin (resultado) en todos los lugares y tiempos intermedios". (45)

(44) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 237

(45) Porte Pettit, Celestino. Op.cit. p.401

4) Teoría de la Ubicuidad ó Unitaria. Estima que el delito habrá de cometerse tanto en el lugar y tiempo, en los cuales se ha verificado la actividad ya sea en forma total ó parcial, como en lo que se produce el resultado.

El maestro Pavón Vasconcelos, acepta el criterio de la ubicuidad, opinión que comparto.

Sobre el lugar y tiempo en los delitos de omisión hay dos posiciones. La primera que da solución al problema de la omisión simple y de la comisión por omisión con el mismo criterio. La segunda -- que pone en juego diversos criterios, una para la omisión y otra -- para la comisión por omisión.

La primera que señala que en el tiempo y lugar del delito debe estarse a la conducta esperada y exigida.

La segunda propone que en la omisión simple debe estarse a la conducta esperada y exigida para los delitos de comisión por omisión -- en donde se produce el resultado.

Para la tentativa, se utiliza el criterio de la actividad, en virtud de existir un principio de ejecución del delito o la realización total del proceso ejecutivo sin llegar a la consumación por causas ajenas y con indiferencia sobre el tiempo y lugar en los -- cuales tiene que producirse el resultado.

2. AUSENCIA DE CONDUCTA.

La falta ó ausencia de conducta, implica la ausencia de acción ó de omisión, es decir este aspecto negativo entraña la actividad ó inactividad no voluntarias.

Para el penalista Pavón Vasconcelos "hay ausencia de conducta e im posibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias". (46)

De aquí que un sujeto no se le puede atribuir un movimiento corporal ó inactividad por no encontrarse dotados de voluntad.

Causas de ausencia de conducta.

a. Fuerza física irresistible ó vis absoluta. Entendiéndose por -- ella, cuando el agente realiza un hacer ó un no hacer por sufrir una violencia física e irresistible.

Los elementos que se infieren de la definición, son:

- 1) Un hacer ó no hacer
- 2) Provocado por violencia.
- 3) Física humana
- 4) Irresistible

b. Fuerza Mayor. López Gallo, afirma "la fuerza es una energía humana (natural, sub-humana ó animal) física, irresistible, padecida por un sujeto que se ve arrollado en la producción de un hecho cuyo resultado no es posible atribuir a tal sujeto por ser patente la ausencia de su conducta". (47)

Elementos de esta definición:

- 1) Una fuerza
- 2) Sub-humana
- 3) Física
- 4) Exterior

(46) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 243

(47) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.248

c. Movimientos Reflejos. En opinión del maestro Porte Pettit, no es una forma de acción, pues carece de voluntad, aunque sí aprecia que puede haber un movimiento reflejo, existiendo culpabilidad por parte del sujeto, por haberse previsto el resultado con la esperanza de que este no se presentaría.

d. Sueño. Se ha discutido si es una ausencia de conducta ó causa de inimputabilidad. Estableciéndose diversos criterios acerca del sueño y que ennumera el maestro Porte Pettit.

a) No será responsable el durmiente cuando éste realiza una conducta ó hecho tipificado en la ley penal.

b) Sí será responsable cuando busque el sueño para cometer el delito.

c) Es responsable culposo cuando pudo preveer el resultado y tuvo la esperanza que no se presentara.

d) Sonambulismo. Existen diversos criterios que señalan por una parte que es una ausencia de conducta y otros que es una causa de inimputabilidad. Se presentan varias hipótesis sobre el sonambulismo.

1) No será responsable el sonambulo, cuando en este estado ejecute delito.

2) Es responsable el sonambulo que se aproveche de este estado para cometer un delito.

3) El sujeto que siendo sonambulo y prevea que con ese estado puede provocar un resultado, que sea dañoso, será responsable de una conducta culposa, con ó sin representación.

e) Hipnotismo. El maestro Pavón Vasconcelos expresa que el hipnotismo "consiste esencialmente en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producido por una causa artificial". (48)

Esto es, el individuo que voluntariamente o involuntariamente somete el control de su mente a un tercero, lo que hará que carezca de voluntad para controlar sus actos.

Existen tres corrientes que tratan de explicar si el sujeto puede o no recibir órdenes:

1) La Escuela Nancy, la cual sostiene la posibilidad de ejecución de los actos ordenados, bastando repetir e insistir en ello por parte de los hipnotizadores, con lo que aumenta el grado de sugestión del hipnotizado.

2) La Escuela de París, que en oposición sostiene la inexistencia de verdaderos actos automáticos por el hipnotizado, pues este conserva capacidad de resistencia a las órdenes dadas por el hipnotizador, de tal manera que desacatará la orden si así lo desea.

3) Escuela Ecléctica ó Intermedia, para que los sujetos en estado hipnótico puedan ordinariamente resistirse a ejecutar lo ordenado, pero en casos excepcionales no obrando él en esta última situación por automatismo, fenómeno dado solamente en individuos de notoria debilidad mental y proclives al delito". (49)

Antes de la reforma de 1985, el Código Penal para el Distrito Federal, observaba alguna ausencia de conducta de manera individual; sin embargo como lo manifiesta el maestro Castellanos Tena, ésto no era necesario en virtud de que cualquier causa capaz de eliminar el elemento del delito, la conducta, se impediría la integración de éste.

(48) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 252

(49) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 262

Actualmente el Código Penal en la fracción I del artículo 15, establece en forma genérica la ausencia de conducta:

"Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias". (50)

3. TIPICIDAD.

Al estudiar el segundo elemento del delito, la tipicidad, se debe hacer referencia al concepto y contenido del tipo.

El tratadista Alfonso Reyes manifiesta el siguiente concepto "la -- abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible". (51)

En opinión de éste la abstracción se habrá de referir necesariamente al contenido general y amplio de la conducta normada; la connotación descriptiva, se refiere al carácter preferencialmente objetivo del tipo; reprochable porque se utiliza para recordar que el legislador sólo describe conductas típicas; punible por que se indica que hay una sanción penal para su autor.

El tipo ha sido denominado de distintas maneras entre las que tenemos: especie de hecho, figura abstracta y hecho. A través del -- tiempo, sin que hasta la fecha haya consenso, pero lo que sí es importante señalar es que cuando el Estado considera que un hecho pone en peligro la convivencia social o altera su estabilidad, recoge dicho comportamiento en normas positivas y las prohíbe acompañándolas de una sanción trascendente en el derecho Penal.

(50) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, Cuadragésima Tercera Edición, México 1987, p. 11.

(51) Reyes, Alfonso. La Tipicidad, Edit. Artes Gráficas, Tercera Edición, Bogotá, Colombia 1976, p. 23

La mayoría de los tratadistas del derecho Penal, piensan que el padre de la moderna teoría del tipo, es Beling, en virtud de la firme proclamación "ningún delito sin tipo" y la afirmación por parte de él, de la independencia del tipo, de la antijuridicidad y culpabilidad.

Beling define al tipo como "la suma de los elementos objetivos descritos en el tipo, de la particular disposición legal, ora de los elementos materiales atribuibles al agente: más claramente, la acción delictuosa con las notas que lo caracterizan y la realización del resultado con que está ligado. Quedando por tanto fuera de él todos los elementos y las notas que se refieren a la culpabilidad" (52)

Beling concibe al tipo como meramente objetivo o descriptivo, fuera de toda valoración. Es decir el tipo dice matar un hombre; si esta muerte fué contraria a la norma que prohíbe "matar", es función valorativa de la antijuridicidad. A ésta fase se le llama de independencia.

A la postre se presenta lo que se ha denominado fase indiciaria -- del tipo, este ya no es solamente descriptivo. El que desarrolla esta teoría es Mayer, expone que se "sigue manteniendo la independencia en la tipicidad y la antijuridicidad, pero afirma que el hecho que una conducta sea típica, es ya un indicio de antijuridicidad". (53)

Por su parte Mezger, manifiesta que el tipo es la ratio essendi de la antijuridicidad, a esta teoría se le ha llamado fase de identidad. Expone este penalista, "el que actúa típicamente, también actúa antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión de lo injusto". (54)

(52) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.255

(53) Citado por Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, Op.cit. p. 248

(54) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.p.143-148

Aquí el tipo es fundamento y validez de la antijuridicidad.

Por último tenemos a la antijuridicidad como la ratio essendi del tipo, posición de Blanco: "precisa que si una conducta llega a ser tipificada en una ley es en virtud de su grave antijuridicidad por cuanto es contraria a las normas de cultura del Estado". (55)

Según lo señala Porte Pettit la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acepta el criterio de Mayer de que el tipo delictivo es indicio de la antijuridicidad pero no fundante de la culpabilidad.

Es importante destacar, que el tipo penal tiene una función limitadora.

En opinión de Sebastian Soler, el tipo tiene un vasto campo de aplicación dentro de la pura construcción técnica, entre las que destaca lo siguiente:

a) Por fijar la estrecha relación con el problema causal en el sentido de limitar las consecuencias de las acciones, que naturalmente se encadenan en una serie infinita, pues de ordinario las tres figuras recogen solamente algunas consecuencias de esa serie.

b) Además la acción del sujeto, al ser definida en modo bien preciso, aparece diferenciada de otras acciones que el mismo sujeto, puede realizar antes ó después de la acción típica.

c) Cada figura además posee, como figura la acción que es, un mayor o menor poder de absorción con relación a los hechos". (56)

(55) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 262

(56) Soler, Sebastian. Tomo II, Op.cit.p.p. 143-148

Elementos del tipo, la mayoría de los estudiosos han señalado tres que son de naturaleza objetiva, normativa y subjetiva.

Elementos objetivos. Pavón Vasconcelos, dice que son "aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta ó el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal". (57)

Explica también que el núcleo del tipo lo constituye la acción ó omisión y que es trascendente para el derecho, este se traduce generalmente en un verbo y excepcionalmente por un sustantivo (atentar, destruir, poseer), así mismo son igualmente elementos del tipo, los estados y procesos externos susceptibles de determinar espacial y temporalmente, los estados y procesos anímicos en otras personas que no sean el autor, que están conectados a la conducta y - que resultan modalidades de la misma al formar parte de la descripción legal.

Las modalidades de acuerdo al criterio del autor antes citado son:

a) Calidades referidas al sujeto activo. El tipo requiere a veces de una determinada calidad del sujeto activo, a la cual queda subordinada la punibilidad de la acción bajo un tipo delictivo concreto, estos pueden ser de sujeto común indiferente; propias, particulares ó exclusivos y de propia mano.

El maestro Porte Pettit, expone respecto a la clasificación anterior:

1. Respecto de los primeros, el sujeto activo puede ser cualquier persona. Ejemplo: el homicidio.
2. Propio, particular o exclusivo. En estos el tipo exige un sujeto determinado. Ejemplo: el ejercicio indebido o abandonado de funciones públicas.

3. Por último los delitos de propia mano. "que son aquellos en - que la conducta delictiva la realiza personalmente el sujeto". (58) Ejemplo: parricidio, debe de tener la calidad de ascendiente.

b) Calidad referida al sujeto pasivo. Cuando la ley enmarque ciertas circunstancias y si no se presentan, habrá ausencia de elemento típico. Ejemplo: parricidio, se debe tener la calidad de ascendiente.

c) Referencias temporales y espaciales. "La punibilidad de la conducta o del hecho queda condicionada a determinadas referencias de tiempo y lugar, de manera que la ausencia en el hecho de tales elementos trae consigo inexistencia de la tipicidad". (59) Ejemplos: Artículo 212 fracción III Al nombrado por tiempo limitado que continúe ejerciendo funciones de un empleo si ya le fué revocado el nombramiento. Artículo 381, Cuando se cometa un delito en lugar cerrado.

d) Referencias a los medios. En ciertos casos se requiere de ciertos medios necesarios para integrar la conducta. Artículo 181 (Coacción de autoridad pública, al que por medio de la violencia física o moral)

e) Referencias al objeto material. De acuerdo a lo dicho sobre el objeto jurídico y el objeto material, este es sobre el cual recaé la conducta, es decir el objeto material o corporeo de la acción Artículo 262 Estupro, mujer menor de dieciocho años.

Elementos Normativos. Mezger señala que son "presupuestos del "injusto típico" que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho". (60).

(58) Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p.440

(59) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.265

(60) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 206

Estos pueden ser de valoración jurídica ó cultural, Soler define a los primeros como "aquellos ontológicamente pertenecen al mundo del derecho, es decir, aquellos que sin una definición jurídica previa carecen de toda realidad". (61), ejemplo: hipoteca, documento, po seer.

Elementos Subjetivos. A veces el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se añaden elementos que se refieren al autor en lo que respecta a su estado de ánimo. Jiménez de Asúa explica "que son concretamente los referidos al dolo en palabras como maliciosamente, voluntariamente". (62)

Clasificación en Orden al Tipo

Esta suele ser variada según el criterio de cada autor, por lo que mencionaré la siguiente:

a) Tipos básicos ó fundamentales. Son "aquellos que no derivan de tipo alguno y cuya existencia es totalmente independiente de cualquier otro tipo". (63)

b) Tipos especiales. Existe delito especial, el que se forma automáticamente, agregándose al tipo fundamental otro requisito. Esos pueden ser: Especiales privilegiados ó Especiales cualificados.

(61) Soler, Sebastian. Tomo II, Op.cit.p. 152

(62) Jiménez de Asúa, Luis. Tomo II, Op.cit.p. 254

(63) Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p. 448

c) Tipos Independientes o Autónomos. "Tanto los tipos fundamentales ó básicos y especiales (sean privilegiados ó cualificados) son autónomos, tienen absoluta independencia". (64)

d) Tipos Complementados, Circunstanciados ó Subordinados. "es aquel que necesita para su existencia del tipo fundamental ó básico, añadiéndose una circunstancia pero sin que se origine un delito autónomo". (65). Estos pueden ser atenuados ó agravados.

e) Tipos Normales y Anormales. Los primeros se integran con elementos objetivos y los segundos con elementos normativos y subjetivos.

f) Tipos de Formulación Libre ó Casusista. "los primeros son aquellos en los cuales se describe en forma genérica la conducta ó hechos delictivos". (66). Los segundos son aquellos "en donde se acumulan detalles innecesarios en la definición de la conducta ó del hecho abarcados por tales tipos". (67). Artículo 288, lesiones.

g) Tipos de Formulación Alternativa y Acumulativa. Ejemplo de los primeros; artículo 124 Traición a la Patria, de los segundos - artículos 250 fracción II el ejercicio de alguna profesión sin estar debidamente capacitados.

Por lo que respecta a la tipicidad "esta viene del latín *typus* y este a su vez del griego *týrus* en su acepción trascendente para el derecho Penal significa símbolo representativo de una cosa figurada ó figura principal". (68)

(64) Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p.448

(65) Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p.448

(66) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.274

(67) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.274

(68) Reyes E., Alfonso. Op.cit.p.23

Pavón Vasconcelos define a la tipicidad como "la adecuación de la conducta o el hecho a la hipótesis legislativa". (69)

Es importante destacar que el tipo es el antecedente necesario del delito y la tipicidad uno de sus elementos.

4. ATIPICIDAD.

Se debe destacar que la atipicidad no constituye una ausencia de tipo, pues sin este no existe el delito.

La tipicidad existe según el maestro Pavón Vasconcelos cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación, en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo" (70)

A continuación describiré las siguientes formas de atipicidad:

- a) Falta de calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo.
- b) Falta de calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto pasivo.
- c) Ausencia del objeto o bien existiendo este no se satisfacen -- los requisitos o exigencias de la ley por cuanto a sus atributos.
- d) Cuando habiéndose dado la conducta están ausentes referencias temporales y espaciales.

(69) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 577

(70) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 277

e) Cuando no se dan la conducta ó el hecho concreto por los medios de comisión señalados por la ley.

f) Cuando están ausentes los elementos subjetivos de los injusto - requeridos por el tipo legal.

5. ANTIJURIDICIDAD.

Al término antijuridicidad, desde un punto de vista conceptual se le ha dado un significado idéntico, con el de injusto é ilícito.

Aunque algunos autores no están de acuerdo con dicho criterio, tal es el caso de Jiménez de Asúa, que no admite el vocablo de ilícito, porque este rebasa los límites jurídicos, cayendo en el campo de la moral.

Han sido diversos los criterios que señalan el papel que desempeña la antijuridicidad en la teoría del delito.

- 1) La que afirma que constituye un carácter del delito;
- 2) La que sostiene que es un elemento del delito;
- 3) La que constituye un aspecto del delito;
- 4) La que señala que es el delito en sí.

1. La primera posición es sostenida por Massari; "la antijuridicidad es un carácter del hecho púnible y si fuere elemento, uno de los elementos constitutivos del delito, debería la antijuridicidad distinguirse de los demás elementos, presentarse como un dato conceptualmente aislable, capaz de ser separado idealmente. (71)

(71) Citado por Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p.485

2. Petrocelli, Jiménez Huerta y Puig Peña, lo consideran elemento del delito por que se requiere para su constitución.

3. Para Maggiore representa un aspecto del delito "por que no es una parte que se pueda distinguir del todo, de tal manera que el delito, al quitarle la antijuridicidad siempre queda delito, por más que sea mutilado un órgano. Por el contrario ella reviste y -compenetra todo delito, que sólo mediante un esfuerzo de abstracción puede ser considerado por el aspecto de la antijuridicidad" (72)

Para Maggiore la antijuridicidad, no se puede subsumir a otro elemento.

4. Para Antolisei; es la esencia misma, la naturaleza intrínseca en sí del delito.

Una vez analizado lo anterior y como lo señalé anteriormente la antijuridicidad la tendremos como elemento.

Para Soler la antijuridicidad es un juicio valorativo de carácter-objetivo, "es decir que en él se aprecia el hecho independientemente del motivo subjetivo de su autor". (73)

El maestro Pavón Vasconcelos, expone que la antijuridicidad es un concepto negativo desaprobador de un hecho humano frente al derecho.

En tanto que Castellanos Tena, manifiesta que la antijuridicidad - "radica en la valoración del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo". (74)

(72) Maggiore, Guisepe. Volúmen I, Op.cit.p. 382

(73) Soler, Sebastian. Tomo II, Op.cit.p. 102

(74) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p.176

Para Mayer, según su teoría la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado.

Por lo que se puede concluir que la antijuridicidad, es un juicio de oposición entre la conducta y la norma, juicio que no debe tener una valoración subjetiva.

Se ha hablado de acuerdo a la teoría de Franz Von Litz, del dualismo de la antijuridicidad, es decir la antijuridicidad formal y material.

Para este autor se estará en presencia de la primera en cuanto "constituye una transgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato ó la prohibición del ordenamiento jurídico" y de la segunda "cuando resulte contraria a la sociedad (antisocial)" (75)

La mayoría de los autores niegan este criterio dualista, entre ellos tenemos a Jiménez de Asúa, Soler y Pavón Vasconcelos, este último no concibe "un juicio de valoración, de naturaleza objetiva, que recaé sobre la conducta ó el hecho típico en contraste con el derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas - por el Estado". (76)

Se distingue además la antijuridicidad objetiva y subjetiva, el primer criterio es sostenido por Jiménez de Asúa y Porte Pettit, - éste señala que la antijuridicidad es objetiva "cuando una conducta o hecho violan una norma penal simple y llanamente sin requerirse de elementos subjetivos culpabilidad". (77)

(75) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 289

(76) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.291

(77) Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p.p. 486-487

La antijuridicidad subjetiva es sostenida por Hald Von Feuerbach, és te pretende encontrar la esencia de la antijuridicidad en una especie de contradicción subjetiva entre el hecho humano y la norma.

Pero como señala Pavón Vasconcelos el modo de presentar así la antijuridicidad equivale a fundirla con la culpabilidad.

La unidad de la antijuridicidad se discute en la doctrina, se plantea si existe una sola ó habrá tantas como ramas del derecho.

En opinión de Porte Pettit y Pavón Vasconcelos, sólo hay una antijuridicidad en virtud de que el derecho se le concibe como un todo orgánico.

El contenido de la antijuridicidad es de carácter material, sobre este aspecto existen distintas opiniones. -

Para Von Feuerbach, es la violación de un derecho subjetivo, en virtud de haber una lesión ó situación de peligro, que recaé sobre el derecho subjetivo.

Edmundo Mezger supera esta posición, al manifestar que no es posible demostrar tal lesión, en muchos delitos, además de conducir a una determinación formal de los injusto.

Binding por su parte, afirma que es una violación al derecho subjetivo del Estado, este sostiene que es inexacto la ofensa con el delito a la ley, resultado impropio hablar de ofensa del derecho, -- pues en realidad aquél implica perturbación del derecho subjetivo mediante el derecho objetivo". (78)

Concluyendo que el delito es una ofensa de un derecho subjetivo público que implica violación al deber de obediencia al Estado.

(78) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 295.

Pessina manifiesta que es la violación del derecho objetivo, señala como objeto del delito al derecho, resultando el delito una violación de éste.

Max Ernesto Mayer, con su doctrina de las normas de cultura, establece "que el orden jurídico es un orden de cultura y lo antijurídico lo contradictorio a las normas de cultura reconocidas por el Estado". (79)

Debiendo entender por cultura una realidad con su contenido de valor.

Jiménez de Asúa y Pavón Vasconcelos, aceptan esta teoría, el segundo considera lo antijurídico como una característica del delito, -- "que determina que lo injusto, opuesto a las normas de cultura reconocidas por el Estado, constituye la lesión al objeto jurídico u objeto de protección o sea a los intereses considerados dignos de tutela y a los que se ha denominado bienes jurídicos". (80)

6. CAUSAS DE JUSTIFICACION.

A este aspecto se le ha atribuido distintos vocablos, como; causas de justificación, causa de licitud y en nuestro código Penal se les han incluido como excluyentes de responsabilidad.

El penalista Jiménez de Asúa ha expresado que es correcto hablar de causas de justificación, pues en el delito desaparece el injusto.

Castellanos Tena explica "que son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica".(81)

(79) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.300

(80) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.p. 301-302

(81) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit. p. 181

Porte Pettit manifiesta que habrá causas de licitud "cuando la conducta o hecho típicos son permitidos, autorizados o facultados por la ley en virtud de una ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante". (82)

De lo que se desprende que en las causas de justificación habrá siempre una preponderancia del interés por ser de mayor importancia jurídica social al tiempo que se presente el caso concreto.

Se han enumerado como causas de justificación las siguientes:

1. Legítima Defensa, a este respecto se han formulado estas definiciones.

Porte Pettit la conceptúa: Como el contrataque (o repulsa) necesaria y proporcional a una agresión injusta, actual ó inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocado insuficientemente". (83)

Pavón Vasconcelos expresa: "es una repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho". (84)

Se desprenden los siguientes elementos:

- a. Repulsa
- b. Agresión
- c. Actual
- d. Injusto
- e. Representa un peligro.

El código Penal vigente, en el artículo 15, fracción III, indica:

(82) Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p.497

(83) Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p.501

(84) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.303

"Repeler el acusado una agresión real, actual ó inminente y sin de recho, en defensa de bienes jurídicos propios ó ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación suficiente o inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende". (85)

Como elementos de la tracción II, tenemos:

- a. Repulsa
- b. A una agresión
- c. Real
- d. Actual ó inminente
- e. Sin derecho
- f. Defendiendo bienes propios ó ajenos
- g. Necesariamente racional.
- h. Donde no hay provocación suficiente.

Los dos últimos párrafos de la fracción II del mismo artículo, esta blecen presunciones de legítima defensa.

"Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa salvo prueba en contrario, respecto de aquel que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalonamiento ó por cualquier otro medio trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias ó a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios ó ajenos respecto de los que se tenga la misma obligación; ó bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quién sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios

(85) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México 1987, p.11

o respecto de los que tenga la misma obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión". (86)

De acuerdo a lo expresado por la doctrina en general estas presunciones de legítima defensa son privilegiadas.

Los tratadistas han discutido acerca de la relación de la legítima defensa y otras instituciones, de la cual haré una somera mención. Sobre la riña y la legítima defensa, se dice que no es posible porque los dos contendientes caen en un plano antijurídico.

Legítima defensa reciproca, es imposible esta por que implicaría - la puesta en plano de una conducta jurídica por ambas partes.

Legítima defensa contra un inimputable, no constituye una agresión antijurídica por ausencia de capacidad para entender y querer.

2. Estado de Necesidad.

Pavón Vasconcelos lo conceptúa como "una situación de peligro cierta y grave, cuya superación para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio". (87)

Soler expresa que es "una situación de peligro para un bien jurídico que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico". (88)

(86) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México 1987, p.p. 11-12

(87) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 315

(88) Soler, Sebastian. Tomo II, Op.cit.p.206

En la mayoría de las definiciones el estado de necesidad se destaca, una situación de peligro como algo esencial. Si el bien salvado es de mayor jerarquía que el sacrificado, se estará en presencia de una causa de justificación, si son de igual valor, existirá una causa de inculpabilidad.

Describiré los elementos de estado de necesidad, siguiendo el criterio enunciado por Castellanos Tena:

- "a. Una situación de peligro real, actual ó inminente.
- b. Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente, ni por grave imprudencia del agente.
- c. Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídico tutelado propio ó ajeno.
- d. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente" (89)

3. Cumplimiento de un deber.

El artículo 15, fracción V, establece:

"Obrar en forma legítima en cumplimiento de un deber....., siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir - el deber". (90)

En estos casos quien cumple con la ley no ejecuta una conducta ó hecho típico. Un ejemplo de ésto; es el agente que cumple con la orden de un juez, el caso de orden de aprehensión.

El cumplimiento de un deber puede originarse de:

- (89) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Edit. Porrúa, Vigésima Tercera Edición, México---1986, p.206
- (90) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México 1987, p. 12

a. Una norma jurídica, pues la antijuridicidad se subordina al deber consignado en la ley ó;

b. De una orden de autoridad, debiéndose "entender por tal la manifestación de voluntad del titular, de un órgano revestido de imperio con reconocimiento del derecho". (91)

4. Ejercicio de un derecho.

La misma fracción V del artículo 15 señala:

"Obrar en forma legítima,..... ó en ejercicio de un derecho siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber ó ejercer el derecho". (92)

Este se origina por:

- a. El reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado
- b. De una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente.

Antes de las reformas al Código Penal, se establecía en el artículo 294, con referencia al 289 del ordenamiento antes citado, el derecho de corregir de los que ejercen la patria potestad ó la tutela como excluyente de responsabilidad, actualmente ya no se contempla.

Lesiones y homicidios causados en los deportes.

Se han hecho varias clasificaciones por tratadistas del derecho Penal, someramente mencionaré la siguiente que ilustra el maestro Pavón Vasconcelos.

(91) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.329

(92) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México 1987, p.12

- a. Un primer grupo que no emplea la violencia y se descarta el daño (golf y natación)
- b. El segundo grupo que origina choques violentos entre los contendientes (futbol, basquetbol). En donde las lesiones no originan -- responsabilidad penal si se observan las reglas de juego.
- c. El tercer grupo que implica la causación de un daño como objetivo (box y lucha).

El homicidio y las lesiones por motivo de operaciones quirúrgicas - en opinión de Castellanos Tena, es un verdadero estado de necesidad pues se deriva de una autorización oficial y la preponderancia de - interés, es decir se persigue un interés de mayor valía.

5. Impedimento Legítimo.

Este se encuentra regulado por el artículo 15 fracción VIII que señala:

"Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda por un impedimento legítimo". (93)

El impedimento legítimo se presenta cuando deriva de la propia ley, está legitimado y por esa razón la omisión es típica, no es antijurídica. Ejemplo: Cuando el sujeto se niega a declarar por secreto profesional.

6. Obediencia Jerárquica.

Porte Pettit explica que se presentará si la "orden es flicita cuando siendo o no su ilicitud el inferior y con la obligación de

(93) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa México 1987, p.12

cumplirla, es decir sin poder de inspección, estaremos en presencia de una causa de justificación". (94)

A diferencia de lo que se presenta en la inculpabilidad; el subordinado ignora que la orden es ilícita y obra de buena fe, creyendo que es lícita. Ejemplo: Los miembros del ejército o la armada

El artículo 15 fracción VII establece al respecto:

"Obedecer a un superior legítimo en orden Jerárquico aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria, ni se prueba que el acusado la conocía". (95)

7. IMPUTABILIDAD.

Jiménez de Asúa expresa: "en una sistemática total del Derecho punitivo, la imputabilidad debe ser estudiada en el tratado del delincuente, cuando lo permite el ordenamiento jurídico del país pero en cuanto al carácter del delito y presupuesto de la culpabilidad, ha de ser enunciada también en la parte de la infracción. Por eso no se puede prescindir de ella en la teoría jurídica del delito". (96)

Lo anterior en razón a que se ha discutido si la imputabilidad, es un elemento del delito, si es soporte de la culpabilidad ó presupuesto general del delito.

Cuello Calón dice que la imputabilidad se "refiere a un modo de ser del agente, a un estado espiritual del mismo, y tiene por fundamento la concurrencia de ciertas condiciones psíquicas, biológicas y morales (salud mental y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos". (97)

(94) Porte Pettit, Celestino. Op.cit.p.

(95) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México 1987, p. 12.

(96) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, Op.cit.p.325

(97) Cuello Calón, Eugenio. Volúmen II, Op.cit. p. 413

En otros términos la capacidad de entender y de querer del sujeto que realiza una acción.

Se han elaborado dos criterios acerca de la imputabilidad; uno de la escuela clásica que afirma que para que un sujeto sea imputable debe de tener "la capacidad de comprender y la de determinarse libremente, inteligencia y libertad". (98). La imputabilidad se funda en el libre albedrío.

Los positivistas por su parte niegan éste y se proponen el determinismo. "El delincuente aparece como impelido al hecho conforme con un conjunto de factores subjetivos y objetivos que obran con poder causal sobre su conducta". (99). Aquí la imputabilidad se basa en la defensa social, el sujeto no responde a su inteligencia y libertad sino por ser social.

La imputabilidad afirma Cuello Calón, origina a su vez la responsabilidad. Entendiéndose por tal como "el deber jurídico que incurre al individuo imputable de responder del hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas. (100).

(98) Soler, Sebastián. Tomo II, Op. cit. p. 24

(99) Soler, Sebastián. Tomo II, Op. cit. p. 25

(100) Cuello Calón, Eugenio, Volúmen II, Op.cit.p. 414

8. INIMPUTABILIDAD.

En opinión de Castellanos Tena, las causas de inimputabilidad son "todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo ó la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad". (101)

Como causas de inimputabilidad tenemos las siguientes:

a) La fracción II del artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal. "Padecer el inculcado, al cometer la infracción, trastorno mental ó desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el sujeto activo haya provocado esa incapacidad intelectual e imprudencialmente" (102). Esta nueva conceptualización que hace el Código Penal, permite un sinnúmero de situaciones que pueden encuadrarse en esta fracción; tales como los trastornos mentales transitorios y permanentes comprendidos dentro de estos últimos la locura, la idiotas y la imbecilidad, estos estados eran señalados anteriormente en el artículo 68 del mismo código, el cual con las reformas -- fué derogado.

b) Miedo grave. Este habrá de obedecer a procesos causales psicológicos, engendrados por una causa interna, la cual puede producir la inconsciencia o verdadero automatismo.

Escriche, afirma que el miedo es "la perturbación del ánimo originado de la aprensión de algún peligro ó riesgo que nos amenaza ó que recelamos". (103)

(101) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p. 223

(102) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Teocalli, Mexico 1985, p. 8.

(103) Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, Teoría del Delito, Edit. Trillas, Primera Edición, México 1973, p. 101

En opinión de Vela Treviño la anterior definición tiene los elementos esenciales del miedo; perturbación anímica y la facultad humana de anticiparse a los acontecimientos.

El miedo grave está regulado en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal, a la par del temor fundado que es causa de inculpabilidad. Dicha fracción señala:

Obrar en virtud de miedo grave irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios ó ajenos siempre que no exista otro miedo practicable y menos perjudicial al alcance -- del agente. (104)

c) Sordomudez. Anteriormente el artículo 67 del Código Penal lo considera como causa de inimputabilidad, con las reformas de 1984, ya no esta contemplado, pero el maestro Castellanos Tena si los -- considera inimputables, en aquellos casos en que presentan desarrollo intelectual retardado, que les impide comprender el carácter ilícito del hecho. Así mismo considera inimputables a los ciegos.

d) Minoría de edad. Tiene su fundamento en la ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal; -- que establece en su artículo 10. que el objeto de éstos, es el de promover la readaptación social de los menores de dieciocho años los cuales son considerados como inimputables.

El artículo 65 de la misma ley establece la forma de determinar la edad; recurriendo al Código Civil, el cual en su artículo 39, seña la como medio de comprobar la edad, el acta del Registro Civil; ó en su defecto el dictamen de peritos medicos, que serán quienes de

(104) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, Mexico 1987, p. 12

terminen la edad del sujeto, que en este caso será menor de dieciocho años, y si existiere alguna duda se presumirá minoría.

Es importante destacar que no todas las leyes del país, establecen como minoría de edad los dieciocho años.

9. CULPABILIDAD.

Ernesto Von Beling, con el principio "nulle poena sine culpe", de ja establecido para siempre que la culpabilidad elemento subjetivo constituye un elemento del delito.

En amplio sentido se estima que la culpabilidad es "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (105)

En sentido estricto Welzel expresa que la culpabilidad es reprochabilidad.

La culpabilidad a evolucionado a través del tiempo; primeramente se observaba a la punición del hecho dañoso, había un nexo objetivo entre la conducta y el resultado de ella.

Posteriormente se finca la responsabilidad en el elemento psicológico relacionando el daño con su autor, el cuál sostiene en la previsión y voluntariedad de su causación.

En Roma se exigía el dolo en los delitos públicos, no así en los delitos privados, en los cuales era suficiente la culpa.

En épocas recientes han surgido diversas teorías acerca de la culpabilidad.

(105) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Op.cit.p.352

a. Teoría Psicológica. En la que la culpabilidad, se presenta en la relación psicológica que existe entre el hecho concreto antijurídico y su autor, que permite la aplicación de las consecuencias penales.

A este respecto Antolisei que es partidario de ella expresa que la culpabilidad se presenta "en el nexu psíquico entre el agente y el acto exterior". (106)

Por su parte Villalobos manifiesta que la culpabilidad "es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación, ésto es, el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo". - (107)

En la culpabilidad existe una vinculación subjetiva del sujeto, por cuanto hace el rompimiento del orden.

b. Teoría Normativa. Esta corriente señala que la culpabilidad no consiste en una pura relación psicológica sólo es un punto de partida. Teniendo siempre un hecho psicológico concreto, deben -- precisarse los motivos del mismo para ubicar la conducta del sujeto dentro de los ámbitos del dolo o la culpa". (108)

Formas de la Culpabilidad. Se han aceptado en forma tradicional el dolo y la culpa, aunque se ha puesto de manifiesto el delito -- preterintencional que hoy contempla nuestro Código Penal.

1. Dolo. Algunos apoyan el elemento psicológico en la voluntad y otros hacen referencia a la representación, tanto el elemento--

(106) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.350

(107) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.351

(108) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.352

ético se pretende fundamentar en el conocimiento de la tipicidad -- del hecho ó de su antijuridicidad ó bien en la consecuencia del quebrantamiento del deber.

a. Teoría de la voluntad. Fué Carrara quién le dió vida a esta -- teoría, aunque la confundía con la intención.

Carmignani definió el dolo "como el acto de intención más ó menos -- perfecta, dirigida a infringir la ley en signos exteriores". (109).

Es así que también identifica el dolo con la intención. Por su parte el maestro Pavón Vasconcelos opina que Carrara cae en un error -- al identificar el dolo con la intención, ya que el primero es de mayor alcance.

b. Teoría de la representación. Para Frank, la intención dolosa e intencional no se indentifican, "pues actuar intencionalmente ó de propósito implica dirigir la voluntad a un fin concreto cuya realización ha sido perseguida por el sujeto, de la cual infiere la imposibilidad de imputar como doloso el resultado producido cuando no -- exista intención de causarlo". (110)

c. Teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada. Esta es una postura ecléctica, ya que establece que actúa dolosamente no sólo quien representa el hecho y su significado, sino que encamina su voluntad directamente ó indirectamente a la causación del resultado.

(109) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 366

(110) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 368

El maestro Pavón Vasconcelos, acepta la última teoría, identifica la voluntad, con el coeficiente psíquico, en el dolo ésta rebasa el estrecho ámbito de la conducta, para abarcar el resultado, es decir la voluntad en el dolo es querer también el resultado. Por otra parte se requiere el conocimiento de las circunstancias del hecho y su significación, este conocimiento debe abarcar la causalidad en el hecho particularmente tipificado.

Pavón Vasconcelos, expresa en "ciertos casos no existe concordancia entre el proceso causal representado y el proceso causal realmente verificado en cuyo caso surge el problema de saber cual tratamiento habrá de darse al hecho respectivo del dolo". (111)

Respecto a la tipicidad no es necesario que se tengan conocimientos técnicos, como manifiesta Jiménez de Asúa, "debemos exigir como elementos intelectuales del dolo el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica, de esa manera profana y no técnica". (112)

Como elementos del dolo tenemos los siguientes:

a. Un elemento intelectual, que consiste en la representación del hecho y su significación (conocimiento de la relación causal en su aspecto esencial, de su tipicidad y de su antijuridicidad como consecuencia del quebrantamiento del deber;

(111) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 371

(112) Jiménez de Asúa, Luis. Op.cit. La Ley y el Delito, p. 362

b. Un elemento emocional o afectivo, que la voluntad de ejecutar - la conducta o de producir el resultado.

Se han hecho varias clasificaciones de dolo, haré referencia a la que presenta el maestro Castellanos Tena:

-Dolo directo. El resultado coincide con el propósito del agente. (el sujeto que quiere privar de la vida a otro y lo hace).

-Dolo indirecto. El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictuosos. (el individuo que quiere matar a alguien que viaja en un barco y coloca una bomba sabiendo - que morirán otros).

-Dolo indeterminado. Existe la intención genérica de delinquir sin proponerse un resultado delictivo en especial. (anarquista que lanza una bomba).

-Dolo eventual. Se desea el resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surgan otros no queridos directamente. (incendio en una bodega con velador).

El artículo 8o. del Código Penal vigente señala que los delitos pueden ser: Intencionales; en tanto que el artículo 9o. establece: -- "Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera ó acepte el resultado prohibido por la ley"(113)

De lo anterior se desprenden los siguientes elementos:

- a. Conoce las circunstancias del hecho típico;
- b. Quiere y acepta el resultado.

2. La culpa. Algunas veces la conducta del sujeto, no se proyecta de manera voluntaria a la producción de un resultado, este se presenta de manera causal y es cuando se afirma la existencia de culpa.

(113) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México 1987, p. 9

Existen varias teorías sobre la culpa:

a. La teoría de la previsibilidad de Carrara y Bruse, el primero señala que la culpa radica "en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del hecho".-- (114).

Sobre esta teoría Pavón Vasconcelos, expresa que en la voluntad -- existe un defecto, la previsión del daño que se puede causar hay falta de reflexión.

b. Teoría de la imprudencia ó negligencia. Haus fundamenta la culpa en la "negligencia ocasionada por la esencia de voluntad de evitar lo dañoso a los intereses públicos o privados". (115)

c. Teoría de la causalidad eficiente. Stopato, manifiesta que el resultado siendo dañoso y contrario a Derecho es punible, aunque - la voluntad del hombre no estuviera dirigida a un fin antijurídico.

Pavón Vasconcelos opina que resuelve la culpabilidad desde un punto de vista material.

d. Teoría del error evitable, esta corriente afirma que la negligencia equivale a culpa, esta existe cuando el agente no ha evitado el error, que es principio del evento dañoso.

El maestro Pavón Vasconcelos, sostiene que en la culpa no se puede prescindir de la previsibilidad, como tampoco del deber de cuidado exigido por la ley al punir determinandas consecuencias de la conducta humana.

(114) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 382

(115) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 383

Define a la culpa como aquel "resultado típico y antijurídico, no querido, ni aceptado, previsto y previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitables si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres". (116)

Elementos:

- a. Una conducta voluntaria (acción u omisión);
- b. Resultado típico y antijurídico;
- c. Nexo causal;
- d. Naturaleza previsible y evitable;
- e. Ausencia de voluntad de resultado;
- f. Violación de los deberes de cuidado.

El artículo 8o. en su fracción segunda señala que los delitos pueden ser: no intencionales o de imprudencia. El párrafo segundo del artículo 9o. establece: "Obra imprudentemente el que realiza un hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales que le imponen". (117)

Como elementos tenemos:

- a. Obrar imprudentemente;
- b. Realizando un hecho típico;
- c. Incumpliendo un deber;
- d. Por circunstancias personales.

Clases de culpa.

- a. Culpa con representación ó previsión. Se presenta "cuando el sujeto ha representado la posibilidad de causación de las conse

(116) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 387

(117) Código Penal para el Distrito Federal, Edic. Teocalli, México 1985, p. 6

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

cuencias dañosas a virtud de su acción ó de su omisión, pero ha tenido la esperanza que los mismos no sobrevengan". (118)

b. Culpa inoconsciente (sin repretación), "cuando el sujeto no previó el resultado por falta de cuidado, teniendo la obligación--- de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable". (119)

El artículo 60 del Código Penal vigente, abarca estas formas de culpa.

" I.- La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;

II.- Si para ello bastaban una reflexión ó atención ordinarias y conocimientos comunes, en algún arte ó ciencia;

III.- Si el inculpaado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;

IV.- Si tuvo tiempo para obrar con reflexión y cuidados necesarios" (120)

La división de culpa atiende a su intensidad por cuanto a la culpa inoconsciente.

3. Preterintencionalidad. Referente a este tema, Vela Treviño, nos dice que la preterintencionalidad "se ubica en la ilicitud de la -- conducta desde su inicio, es decir un contenido psicológico que guía el comportamiento del hombre hacia una finalidad específica, -- que es antijurídica; se tiene, en el inicio de la manifestación, una voluntad preordenada hacia la producción de un resultado típico; -- sin embargo el resultado que sobreviene excede a la voluntad inicial". (121)

(118) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 388

(119) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 388

(120) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México 1987, p. 25

(121) Vela Treviño, Sergio. Op.cit.p. 261

En síntesis habrá preterintencionalidad cuando el resultado va más allá de lo querido. Esta es opinión de Vela Treviño se encuadra - en el dolo cuando la ley no lo establece y como tal cuando la reco nozca.

Porte Pettit afirma que en el delito preterintencional "existe dolo con relación al resultado querido y culpa con representación ó sin ella, en cuanto al resultado producido". (122)

Actualmente nuestro Código Penal para el Distrito Federal, contempla la preterintencionalidad en el artículo 8, fracción III, y la describe en el artículo 9o. párrafo tercero que dice: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido ó aceptado, si aquél se produce por imprudencia". (123)

3. INCULPABILIDAD.

El aspecto negativo de la culpabilidad, la inculpabilidad en la cual el sujeto es absuelto del juicio de reproche.

Se han manejado por la doctrina dos causas généricas.

- a. El error y
- b. La no exigibilidad de otra conducta.

Pavón Vasconcelos expresa que el error "consiste en una idea falsa ó errónea respecto a un objeto, caso ó situación constituyendo un estado positivo". (124)

Actualmente el error como género comprende tanto el error de hecho

(122) Citado por Vela Treviño, Sergio. Op.cit.p. 261

(123) Código Penal para el Distrito Federal. Edit. Porrúa, Mexico 1987, p. 9.

(124) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 395

como de derecho, pero en Derecho positivo mexicano no se reconoce el error de derecho, como excluyente de responsabilidad aunque atenua la pena, según lo establece el artículo 59 bis.

a. Error de hecho, éste se subdivide en:

1. Error esencial y
2. Error accidental (inesencial)

1. El error esencial "produce inculpabilidad en el sujeto cuando es invencible pudiendo recaer sobre elementos constitutivos del delito, de carácter esencial, ó sobre alguna circunstancia agravante de penalidad". (125)

El error vencible es donde el sujeto pudo y debió prever el error

2. El error accidental o inesencial, aquí los elementos son accidentales, son circunstancias objetivas del delito comprendiéndose los llamados casos de aberración, (aberratio ictus y aberratio in persona), por lo cual no es considerado causa de inculpabilidad.

El error de hecho invencible se encuentra comprendido en las excluyentes de responsabilidad que establece el artículo 15 del Código Penal vigente, en la fracción siguiente:

"XI.- Realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal ó que por el mismo error estima el sujeto activo que es lícita su conducta. No excluye la responsabilidad si el error es vencible". (126)

(125) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 397

(126) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México 1987, p. 12

La doctrina divide al error esencial, en dos clases de tipo y de prohibición, la primera cuando el sujeto cree que obra atípicamente, es decir que lo considera lícito, ejemplo; el estupro cuando se altera el acta de nacimiento, y el sujeto pasivo es mayor de -- dieciocho años. El segundo cuando el sujeto sabe que actúa típicamente, pero piensa que está protegido por una justificante.

Respecto a la Obediencia Jerárquica, esta se presenta en la inculpa**bi**lidad, cuando el inferior posee el poder de inspección pero no conoce la ilicitud del mandato y esto provoca que se presente un error esencial de hecho.

Sobre el error accidental en sus dos modalidades, el aberratio --- ictus y aberratio in persona, el maestro Pavón Vasconcelos manifiesta para el primero "que hay una desviación en el golpe con causación de un daño equivalente, menor ó mayor al propuesto por el - sujeto". (127)

Como ejemplo se señala:

Un individuo A que va a matar a un sujeto B, mata a otro que es C, por error de la mala puntería, el sujeto tiene el animus necandi y no se excluye su culpabilidad.

En el aberratio in persona, "este no se origina en el acto sino que no recaé sobre la persona debido a la errónea representación"- (128).

El sujeto A quiere matar a B, pero mata a C, en este caso habrá ho**mi**cidio doloso.

(127) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 399

(128) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 399

El Código Penal para el Distrito Federal, regulaba anteriormente, el aberratio ictus y el aberratio in persona, en las fracciones I y V respectivamente del artículo 9o.

Delito Putativo, en este la norma penal no tiene existencia, pero el sujeto que lo realiza se encuentra en un error, cree que lo comete, se halla en la mente del mismo.

Eximentes Putativas. El penalista Castellanos Tena manifiesta que son "situaciones en las cuales el agente por un error de hecho insuperable, cree fundadamente, al realizar un hecho típico de derecho Penal, hallarse amparado por una justificante ó ejecutar una conducta sin serlo". (129)

Haré mención de ellas de acuerdo a la clasificación que hace el maestro Pavón Vasconcelos.

- a. Defensa putativa;
- b. Estado de necesidad putativo;
- c. Ejercicio de un derecho putativo;
- d. Cumplimiento de un deber putativo.

a. "En la defensa putativa, el sujeto cree, fundado en un error esencial e invencible, ejecutar un legítimo derecho de defensa, siendo injustificada tal creencia por la inexistencia de tal agresión.

b. Estado de necesidad putativa, existe la creencia de un estado de peligro real, grave e inminente, fuera de toda realidad, constituye el falso conocimiento del hecho que lleva el agente a lesionar bienes jurídicos ajenos.

c. Ejercicio de derecho putativo y Cumplimiento de un deber putativo, la conducta antijurídica se supone lícita, a virtud del error sobre la existencia del derecho o del deber que ejercita o complementa". (130)

En las eximentes putativas, el agente cree que la conducta o hecho son jurídicos, por que piensa encontrarse ante una causa de justificación, como consecuencia de un error de hecho invencible.

En opinión de Castellanos Tena, estas se encuentran reguladas en la segunda hipótesis de la fracción XI del artículo 15 del Código Penal.

B. No exigibilidad de otra conducta.

Siendo individualizador el pensamiento jurídico penal y de acuerdo a la concepción normativa de la culpabilidad, que se funda en el juicio de reprobación, el cual se identifica con la propia reprobabilidad del hecho del autor y rompiendo con el orden jurídico, se ha buscado la solución en la inexigibilidad de la conducta que se apoya en la culpa y después en el dolo.

El código Penal vigente contempla como forma de no exigibilidad de otra conducta al temor fundado en la fracción VI del artículo 15: "..... o temor fundado e irresistiblemente de un mal inminente que grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial, al alcance del agente". (131)

Por lo que el temor fundado se presentará cuando exista coacción o violencia moral ejercida sobre el agente.

(130) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 401

(131) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México 1987, p. 12.

En lo que respecta al estado de necesidad como causa de inculpabilidad, este aparecerá cuando los bienes son de igual valor.

Para el penalista Castellanos Tena, el estado de necesidad no se encuadra dentro de la no exigibilidad de otra conducta, sino en un perdón o excusa que el Estado otorga, ya que no se puede exigir heroísmo.

Caso Fortuito.

La fracción X del artículo 15 del Código Penal vigente señala: "Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas"; (132)

Se ha establecido por la mayoría de los tratadistas, que tal caso es el límite objetivo de la culpabilidad y que aunque se trata de una inexistencia del delito, se trata en la culpabilidad.

Para que el juicio de reprochabilidad pueda ser atribuido a un sujeto habrá de requerirse del dolo o la culpa, en caso de no existir, se estará en el límite objetivo de la culpabilidad, en función del resultado y entraremos en la no existencia del delito.

El maestro Vela Treviño manifiesta; "para la procedencia del caso fortuito es indispensable que la conducta se inicie lícitamente,--sin que ello signifique que imprecindiblemente se tenga que reprochar un resultado fortuito, a quién actúa en forma flicita de principio pero la posible exclusión de la culpabilidad no se ubicaría en el campo del caso fortuito sino de la culpabilidad del hecho". (133)

(132) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Teocalli, México 1985, p. 9.

(133) Vela Treviño, Sergio. Op.cit.p. 268

Para este mismo autor, son elementos del caso fortuito los siguientes;

- "a) una conducta lícita;
- b) un resultado típico;
- c) ausencia de culpabilidad en orden al resultado;
- d) una relación causal". (134)

II. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Se ha discutido al respecto, si son elementos esenciales del delito, los penalistas Jiménez de Asúa y Castellanos Tena opinan que no lo són. El primero afirma que la esencia de los elementos es--triba en la generalidad de los mismos lo que ocurre con las condiciones objetivas de punibilidad.

Beling las define de la siguiente forma: "son ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuridicidad y que no tienen el carácter de culpabilidad". (135)

Por su parte el penalista Castellanos Tena, expresa que son condiciones objetivas de punibilidad "aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación. (136)

El autor español Jiménez de Asúa afirma que "son elementos valorativos y más comúnmente modalidades del tipo". (137)

Explica que las genuinas condiciones objetivas de punibilidad son los presupuestos procesales a que a menudo se subordina la perse

(134) Vela Treviño, Sergio. Op.cit.p. 268

(135) Citado por Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Op.--cit. p.p. 417-418.

(136) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p. 271

(137) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Op.cit.p.415

cución de ciertas figuras. Ejemplo: La quiebra fraudulenta, en la cual es necesario que se declare judicialmente la quiebra.

12. AUSENCIA DE CONDICIONES DE PUNIBILIDAD.

Jiménez de Asúa, opina que "cuando en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad es obvio que no se pueda castigar". (138)

Esta ausencia hace también imposible perseguir el hecho.

13. PUNIBILIDAD.

Se ha discutido si la punibilidad es ó no elemento del delito, para Bettiol, Villalobos y Castellanos Tena, es una consecuencia jurídica, mientras que Cuello Calón, Jiménez de Asúa y Pavón Vasconcelos consideran que es un elemento.

Castellanos Tena expresa; "la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierto hecho". (139)

Para el penalista Pavón Vasconcelos es "la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social". (140)

(138) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Op.cit.p. 425

(139) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p. 267

(140) Pavón Vasconcelos, Francisco, Op.cit. p. 411

Jiménez de Asúa señala que es un carácter específico del delito, a firma que el decir que no es una característica del delito, no tie ne poder de convicción. Pues que el delito acarreó esa consecuencia es lo que le separa de las demás acciones antijurídicas.

El criterio, en mi opinión más acertado es el que considera a la punibilidad como elemento.

14. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Jiménez de Asúa las define como; "causas de imputabilidad ó excusas absolutorias las que hacen que un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública, es decir son motivos de imputabilidad".-- (141)

Castellanos Tena dice que "son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena". (142)

El estado no asocia sanciones para determinadas conductas, por motivos afectivos, por que no hay temeridad en el sujeto o por política criminal.

Como excusas absolutorias tenemos los siguientes; en el Código Penal vigente:

"Artículo 280 fracción II. Al que oculte, destruya, ó sin la licencia correspondiente sepulte el cadáver de una persona, siempre

(141) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Op.cit.p. 433
(142) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit. p. 278

que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas ó otras lesiones si el reo sabía esta circunstancia.

En este caso no se aplicará sanción a los ascendientes ó descendientes, cónyuge ó hermanos del responsable del homicidio.

Artículo 138. No se aplicará pena a los que depongan las armas antes de ser tomados prisioneros, si no hubiesen cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo anterior". (143), éste último artículo es respecto a la rebelión.

El artículo 151 respecto a los que favorecen la evasión de presos no comprende a los ascendientes, descendientes, cónyuge ó hermanos del prófugo, ni a sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, pues están exentos de sanción, excepto en el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia en las personas ó fuerza en las cosas.

Así mismo con las reformas al Código Penal de 1985, el maestro Cagellanos Tena, manifiesta que con la derogación de la fracción IX del artículo 15 que establecía como la no exigibilidad de otra conducta, el encubrimiento de parientes y allegados y ubicarlo en el artículo 400 del mismo ordenamiento reafirma que es una excusa absoluta.

(143) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México 1987, p. 83.

CAPITULO III

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL TIPO ESPECIAL DE LA FRACCION II DEL ARTICULO 90 DE LA LEY REGLAMENTARIA DE SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO.

1. ORDENAMIENTOS JURIDICOS SOBRE LA LEGISLACION BANCARIA 1830-1884.
2. EL CODIGO DE COMERCIO DE 1884, COMO REGULADOR DE LA ACTIVIDAD BANCARIA.
3. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1897.
4. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.
5. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932.
6. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941.
7. DECRETO DE REFORMA Y ADICIONES A LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1973.
8. LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DEL 14 DE ENERO DE 1985.

1. ORDENAMIENTOS JURIDICOS SOBRE LEGISLACION BANCARIA 1830-3884.

Es difícil establecer una sistematización del desarrollo de la legislación bancaria en México, en virtud de que se tiene que hacer a partir de un estudio de carácter externo, es decir, propio al desarrollo de las Instituciones Bancarias, que al paralelo dieron origen a disposiciones jurídicas incipientes para regular dicha actividad. Esto es producto en gran parte de las características socioeconómicas del país principalmente en el siglo XIX, que es el momento cuando se dan las condiciones para ello, no porque anteriormente no existieran algunas disposiciones al respecto, las hubo tales como:

"Las leyes de la Novilísima recopilación relativa a cambios y banqueros según Juan de Hevia Bolaños". (1)

Sin embargo, no lo trataré más a fondo por no ser el tema central de este trabajo.

Iniciado el proceso de Independencia de la Nación surgieron varios intentos para la organización de Instituciones de Crédito. Fue -- hasta mediados del siglo XIX, precisamente el 16 de Octubre de 1830, se promulga una ley que establecía la creación de un Banco de Avío para el Fomento de la Industria Nacional. Así pues es propiamente la primera ley que se da en materia bancaria, de manera articulada. Esta ley disponía en sus bases generales para la creación y funcionamiento del banco lo siguiente:

" Artículo 1. Se establecerá un Banco de Avío para fomento de la Industria Nacional, con el capital de un millón de pesos.

(1) Citado por Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Derecho Bancario, Edit. Porrúa, Quinta Edición, México 1976, p. 20

Artículo 2. Para la formación de este capital se prorroga por el tiempo necesario, y no más, el permiso para la entrada en los puertos de la República de los géneros de algodón, prohibidos por la ley del 22 de mayo del año anterior.

Artículo 3. La quinta parte de la totalidad de los derechos devengados y que en lo sucesivo causaren en su introducción los efectos mencionados en el artículo anterior, se aplicará al fondo del Banco.

Artículo 4. Para proporcionar de pronto las sumas que fueran necesarias, se autoriza al gobierno para negociar sobre la parte de derechos asignada a la formación del capital del Banco, un préstamo hasta de doscientos mil pesos con el menor premio posible; que no pase de tres por ciento mensual y por plazo que no pase de tres meses.

Artículo 5. Para la dirección del Banco y fomento de sus fondos, se establecerá una junta, que presidirá el Secretario de Estado y del Despacho de Relaciones, compuesta de un Vicepresidente y dos Vocales, con un Secretario y dos Escribientes, si fueren necesarios. Los individuos de esta junta, no gozarán por ahora, de sueldo alguno, y se renovarán uno en cada año, comenzando por el menos antiguo, pudiendo el gobierno reelegir al que salga, si le pareciere conveniente; y para secretario y escribientes se emplearán cesantes útiles, que servirán estos destinos por el sueldo que les corresponde por el empleo de que son cesantes. El gobierno formará el reglamento a que debe sujetarse esta junta para el desempeño de sus funciones, y en adelante, cuando haya productos del fondo, se establecerá por el congreso el sueldo que han de disfrutar los individuos de la junta y demás empleados en el Banco.

Artículo 6. Los fondos del Banco se depositarán, por ahora, en la Casa de Moneda de esta capital, a disposición del Secretario de Relaciones, quién de conformidad con los acuerdos de la junta, librará las sumas que fueren necesarias.

Cuando por el aumento de los fondos se requiera una oficina para su manejo, se establecerá con los empleados que parezcan necesarios, previa la aprobación de su número y sueldos por el congreso.

Artículo 7. La junta dispondrá la compra y distribución de las Máquinas conducentes para el fomento de los distintos ramos de la industria, y franqueará los capitales que necesitaren las diversas compañías que se formaren ó los particulares que se dedicaren a la industria en los Estados, Distrito y territorios, con las formalidades y seguridades que los afiancen. Las máquinas se entregarán por sus costos, y los capitales con un cinco por ciento de rédito anual, fijando un término regular para su reintegro y que continuando en giro, sirva de un fomento continuo y permanente a la industria..

Artículo 8. Los productos de los réditos procedentes de las importaciones que expresa el artículo anterior, se destinarán a los sueldos de los individuos de la junta y demás empleados en el Banco y a los gastos de éste y el remanente se aplicará al aumento de capital.

Artículo 9. La junta presentará y publicará anualmente sus cuentas, acompañándolas con una memoria en que se demuestre el estado de la Industria Nacional y sus sucesivos progresos.

Artículo 10. Aunque los ramos que de preferencia serán atendidos sean los tejidos de algodón y lana, cría y elaboración de seda, la junta podrá igualmente aplicar fondos al fomento de otros ramos de industria y productos agrícolas de interés para la nación.

Artículo 11. El Gobierno podrá asignar de los fondos del Banco, - hasta seis mil pesos anuales, para premios a los diversos ramos de industria, los cuales se concederán a propuesta y con informe de la junta.

Artículo 12. Por ningún motivo ni pretexto se distraerán los fondos del Banco para otros objetos, no se podrán hacer por la junta, donativos, funciones ni otra erogación alguna ajena de su objetivo. (2)

La anterior ley es muy particular, su objetivo primordial fué el de impulsar a las industrias a nivel nacional que existían en el país, el gobierno llevaba a cabo la dirección del banco, mediante una junta que presidía el Secretario de Estado y Despacho de Relaciones, esta junta estaba compuesta además de un Vice-presidente, con dos Vocales, con un Secretario y dos escribientes, el capital con que se formaba ascendió a un millón de pesos. Las ramas que pretendía fueran apoyadas, eran las de tejido de lana y algodón, - así como la elaboración de seda, se daba la facultad discrecional de atender otras ramas.

Como dato importante se establece que el banco debía de informar-- de los avances que tuviera en la industria nacional.

La ley que estableció la creación de este banco de avío no disponía de alguna sanción de tipo penal, en el caso en que se distrajeran fondos del objetivo para el cual se habían otorgado.

Esta ley regulaba la actividad bancaria de manera muy general, requeriría de que se promulgara un reglamento para el Régimen y Gobierno Interior del Banco de Avío, el 5 de Octubre de 1835 el cual disponía en su articulado lo siguiente:

(2) México, Leyes, Decretos, Etc., Legislación Bancaria 1830-1982 Tomo I, Edit. S.H.C.P., México 1980, p.p. 1-2

CAPITULO I
DE LA JUNTA Y MODO DE RENOVARSE

Artículo 1. La junta que establece la Ley del 16 de Octubre de -- 1830 para la dirección del banco y administración de sus fondos, se compondrá de Presidente y Secretario y de un Vicepresidente y dos vocales amovibles.

Artículo 2. El Presidente será el Secretario de Estado y del Despacho de Relaciones, y cuando no lo haya, el oficial que estuviere encargado de él; pero en caso de enfermedad u ocupación de uno ó otro presidirá el individuo que funcione de vicepresidente.

Artículo 3. Dicho individuo y los otros dos vocales, se han nombrados por el gobierno, y su renovación se verificará respectivamente cada año, comenzando por el menos antiguo, para lo que en fin de diciembre dará la junta conocimientos al gobierno, del vocal que estuviere en el caso de salir, y si no tuviere por conveniente -- continuarlo, nombrado que sea el que ha de sucederle, comenzará a funcionar en la primera sesión del inmediato enero.

Artículo 4. Los individuos de esta junta, no gozarán sueldo alguno mientras no haya productos suficientes, del fondo que son los réditos de los capitales que se hayan suministrado para el fomento de los diversos ramos de la industria y los premios de libranzas.

Artículo 5. Cuando a juicio de la junta haya productos bastantes para cubrir aquel gasto, lo manifestará al gobierno para que se proceda a dar cumplimiento a lo que dispone en su parte final el Artículo 5 de la citada ley de 16 de Octubre de 1830.

Artículo 6. Al margen izquierdo de todas sus comunicaciones oficiales, usará la junta de este membrete: "Dirección del Banco de Avío para fomento de la Industria Nacional"; y con igual título le serán dirigidas las contestaciones por conducto de sus presidentes.

CAPITULO II

DE LAS FACULTADES DEL PRESIDENTE Y DE LA JUNTA EN GENERAL.

Artículo 7. Las facultades del presidente son:

Primero.- Convocar la junta a sesiones ordinarias y extraordinarias.

Segunda.- Expedir libranzas ó órdenes contra los fondos del Banco, cualquiera que sea el lugar de su existencia, de conformidad con los acuerdos de la junta, cuyas libranzas autorizará el secretario, siendo la responsabilidad de ambos.

Tercera.- Nombrar comisiones para que presenten dictámenes en los negocios que por su complicación ó importancia demanden esta formalidad.

Cuarta.- Señalar los asuntos que han de tratarse de preferencia.

Quinta.- Determinar el tiempo que ha de durar cada sesión.

Artículo 8. Las facultades de la junta en general son:

Primera.- Disponer la compra de máquinas y utensilios necesarios para el fomento de los diversos ramos de industria, procurando que sólo se contrate la parte de hierro correspondiente; pues por lo relativo a la de madera, podrá aquí construirse con la dirección de los artistas que hayn de encargarse para montarlos, a cuyo fin se pedirán modelos, en el concepto de que los ramos que de preferencia han de atenderse, serán los tejidos de algodón y lana, cría de gusanos de seda, elaboración de ésta, fábrica de papel y clavazón.

Segunda.- Hacer contratar dentro o fuera de la República, por un tiempo proporcionado, los directores mecánicos y obreros correspon-

dientes a cada fábrica, a fin de que vengan a montar las máquinas en el lugar que hubiere de establecerse, y a enseñar a los nacionales sin reserva alguna, las diversas operaciones de sus respectivos oficios.

Tercera.- Promover la creación de compañías industriales en los pueblos de la República que tengan elementos para abrazar con buen suceso, alguno de los ramos arriba expresados, o para dedicarse al fomento de otros productos agrícolas de interés para la nación, tales como el cultivo y beneficio del cáñamo, lino, moreras, viñedos y algodón.

Cuarta.- Procurar la introducción y propagación en la República de los carneros marinos, prefiriendo los de España a los de los demás puntos de la Europa por su mejor calidad, y difundir entre los criadores los conocimientos necesarios para la mejor conservación de este ganado, épocas y modo de esquilmarlo, adoptando para ello los métodos más a propósito que se hayan publicado ó publiquen en lo sucesivo.

Quinta.- Procurar asimismo la introducción de otras especies de animales que a juicio de la junta puedan ser de alguna utilidad a la industria, comercio y artes, tales como los camellos, vincuñas, llamas de Perú y otros.

Sexta.- Proteger la explotación de los criados de fierro y proporcionar a las compañías ó particulares que se dedicaren a este ramo de industria, los fundidores, moldeadores y forjadores extranjeros que fuesen necesarios, por cuenta de la misma empresa.

Séptima.- Encargar y hacer contratar en el punto donde convenga, - maestros inteligentes en la construcción de hornos para la fabricación de losa, pertenecientes a todos los usos domésticos, así como la de vidrios planos y huecos de todas especies.

Octava.- Distribuir las máquinas entre las compañías que se formaren o los particulares que las pretendan para aplicarlas a su objeto; pero bajo las calidades y condiciones de que se tratará en su respectivo lugar.

Novena.- Acordar los capitales con que han de ser auxiliadas las distintas empresas que se formaren y establecer el modo en que han de irlos percibiendo los empresarios.

Décima.- Comprar y depositar en lugar cómodo y seguro los modelos de máquinas que se le presenten, con tal que sean de invención nueva o para objetos de industria que no haya introducida en el país.

Undécima.- Informar anualmente al gobierno cuales son los fabricantes ó empresarios que hayan proporcionado más perfección ó ventajas en sus manufacturas, y proponer el premio a que los considere acreedores, con tal que las sumas propuestas no excedan de los seis mil pesos que deben distribuirse en este objeto.

Duodécima.- Proponer al gobierno los individuos que deben desempeñar el empleo de secretario de la dirección y demás empleados en el Banco, mientras recaé la aprobación del congreso acerca de su número y sueldos.

Décimatercera.- Los individuos de la junta están facultados para hacer todas aquellas proposiciones que conduzcan al beneficio de la industria en general, al bien de establecimiento y economía de sus fondos. También lo están para proponer reformas ó adiciones a este reglamento, e indicar la necesidad de aclaraciones ó nuevas leyes para remover los movimientos que se pulsen en las ya dadas sobre esta materia. En ambos casos, si la junta fuese de la misma opinión, lo pondrá en conocimiento del gobierno por conducto de su presidente.

Artículo 9. La junta no podrá dirigir por sí misma o tomar a su cargo, ninguna empresa industrial, para cuyo fomento sean necesarios los fondos del Banco, y en lo sucesivo no podrán hacerlo ni los individuos que componen la misma junta ni los empleados en sus oficinas.

CAPITULO II
DE LAS SESIONES DE LA JUNTA

Artículo 10. Las sesiones ordinarias de la junta se celebrarán una vez por semana, siendo fijo el día y hora de su apertura, lo que se verificará sin perjuicio de la facultad del presidente para convocar a extraordinarias; y si fuese día feriado de rigurosa guarda se verificará la junta en el siguiente, a menos que no ocurra motivo que lo impida, en cuyo caso se avisará con anticipación.

Artículo 11. No podrá haber junta sin la concurrencia de tres individuos, por lo menos, a más del secretario.

Artículo 12. Las sesiones se celebran en el despacho de Ministerio de Relaciones, y su apertura comenzará por la lectura del acta de la anterior sesión, la que aprobada se firmará ahí mismo por los individuos que entonces concurrieron.

Artículo 13. En seguida dará cuenta el secretario con las comunicaciones oficiales que se hayan recibido, solicitudes que se hubiesen presentado o con los asuntos económicos que requieran acuerdo de la junta. El examen y discusión de todos estos negocios se hará en el mejor orden posible, y serán determinados por los votos de la mayoría de la junta. en caso de empate, si la votación fuese sobre elección, decidirá la suerte, y si sobre otro objeto, el presidente en el acto tendrá voto de calificación o decisivo.

Artículo 14. Toda solicitud que se contraiga a pedir auxilios pecuniarios ó de máquinas para una empresa nueva, pasará a una comisión a fin de que obra dictamen sobre su utilidad y si es o no de accederse a todo o en parte y con que circunstancias.

Artículo 15. La comisión en sus trabajos, se sujetará a las siguientes reglas:

Tendrá a la vista el último corte de caja mensual que le pondrá en manifiesto el estado de los fondos del Banco. Si la existencia -- que hubiere o la totalidad del fondo es sólo bastante en su cálculo al fomento de las empresas ya comenzadas y al cumplimiento que se hubieren contraído de antemano, quedará sin determinarse sea cual fuere la utilidad que presente el proyecto en cuestión.

Más si por contrario, quedase todavía numerario bastante y hubiese mérito para ser atendida, se pasará a observar la posibilidad de -- buen éxito que presente la empresa proyectada, si es del todo nueva entre nosotros, ó si mejora y da perfección a los artefactos ya conocidos, o bien, si estos se obtienen por medio más sencillo, -- más breve ó más económico.

Si a juicio de la comisión se alcanzare alguna de estas ventajas, -- examinará en seguida si las garantías que se ofrecen en caución de los intereses del Banco inspiran una total seguridad.

En caso de que la suma pedida parezca excesiva respecto del objeto a que se requiera aplicar, se exigirá un presupuesto de las inversiones que demanden y por él se decidirá. Cuando las empresas habilitadas suficientemente por el Banco antes de la formación de este reglamento solicitaren nuevas cantidades para darles perfección se pedirá, además del presupuesto ya indicado, una noticia de la inversión que se haya dado a los anteriores fondos.

Artículo 6. En caso de que la junta tenga necesidad de las lucaspeculiares de algún individuo que no sea de su seno, podrá pedir con sejo para el acierto en sus liberaciones.

Artículo 17. Por regla general se observará no darse en una sola partida el capital que expresen necesitar los empresarios para planear sus establecimientos, sino que se les irá auxiliando con cantidades parciales, en términos de no administrarse la segunda hasta que la junta esté satisfecha de haberse invertido la primera, y -- así sucesivamente.

CAPITULO IV

DE LAS CONDICIONES Y SEGURIDADES CON QUE DEBEN DISTRIBUIRSE LOS FONDOS DEL BANCO.

Artículo 18. Las compañías industriales que soliciten auxilios -- del Banco para el fomento de cualquier ramo de industria harán constar desde luego haber invertido su fondo social en las primeras obras de la empresa.

Artículo 19. Los particulares harán constar asimismo cuál es el capital con que constituye de su parte el establecimiento de la negociación a que aspiran, y en caso de no tenerlo, presentarán fiadores lisos, llanos y abonados en caución del capital y réditos, y de que a los fondos que se les suministren no se les dará inversión distinta de su objeto.

En caso de pedir al Banco nueva retacción, si la junta considerare conveniente darla, se verificará bajo la hipoteca especial de los edificios, máquinas y demás propiedades correspondientes a la negociación.

Artículo 20. En el mismo caso están las compañías industriales, -- quienes además hipotecarán para su pago el fondo social que hayan invertido y las acciones que por él tuvieren los socios a los productos de la empresa.

Artículo 21. Las citadas cauciones deben formarlas la hipoteca de bienes raíces, urbanos ó rústicos, libres ó con gravamen de un tercio; pero en ningún caso se admitirán muebles, ni aún como prenda.

Artículo 22. Ningún contrato celebrará la junta por cantidad ó tiempo ilimitado. El reintegro de los capitales que suministrare el Banco, no podrá exceder de nueve años.

Artículo 23. Las compañías ó particulares beneficiados, se comprometerán a satisfacer el rédito de un cinco por ciento anual, luego que las máquinas se hayan montado y estén en aptitud de comenzar la elaboración de artefactos, según está prevenido por el artículo 2o. de la ley de 29 de mayo de 1832.

Dichos réditos han de pagarse en esta capital por tercios cumplidos a cuyo fin ha de nombrarse en ella un apoderado suficientemente expensado para exhibirlos. Así éstos, como el reintegro de los capitales, no lo podrán verificar los empresarios en todo ó en parte, con vales ó pólizas de la Hacienda Pública, sino precisamente en numérico, y éste en la cantidad de plata y cobre que las leyes tengan demarcadas, debiéndose preferir entre los solicitantes de capitales para una misma empresa, en igualdad de circunstancias el que ofrezca hacer los pagos en moneda de plata.

Artículo 24. En todos los establecimientos industriales habilitados por el Banco será estimado éste como un verdadero refaccionario, a fin de que sus capitales disfruten de los privilegios que las leyes conceden a esta clase de acreedores.

Artículo 25. Los empresarios no pondrán dichos capitales, ni en todo ni en parte, a otra cosa alguna distinta del objeto para que los han pedido; y si la junta llegare a entender que se ha dado

a dichos fondos otra inversión, suspenderá los suministros que estuvieren pendientes, y sin aguardar el término fijado por la escritura respectiva, cubrirá el banco con los bienes hipotecados y con todas las máquinas de diversa especie, y cosas que de la naturaleza que fueren, que se hayan introducido a la negociación.

Artículo 26. La junta quedará por lo mismo facultada en los convenios, a informarse cada vez que lo estimen necesario del estado -- que guarden los establecimientos, y aún a pedir los libros y examinar sus cuentas, a cuyo fin podrá nombrar un visitador expensado.

Artículo 27. Cuando lo exijan las circunstancias, podrá asimismo nombrar una persona de su confianza y por el tiempo que juzgue conveniente, para intervenir en la negociación que demanda esta medida y le pagará el sueldo que hubiese de asignarse por cuenta de los fondos del Banco, pero con cargo a los empresarios, los cuales al registrar el capital con que se les haya acudido, lo harán también con el sueldo que hubieren disfrutado el interventor y los salarios de los peritos que las circunstancias hubieren exigido nombrar.

Artículo 28. Las máquinas se darán por su costos, en lo que se -- comprenderá el empaque que se haga de ellas en el lugar de su compra, los gastos de su embarque y desembarque, fletes de mar y tierra, comisión si hubiere de pagarse; seguros y demas nexos, hasta situarlas en el paraje donde ha de establecerse la fábrica.

Artículo 29. También se aumentará al valor de las máquinas, los gastos de pasaje y conducción por tierra de los obreros que se hayan contratado por montarlas y dirigir las, con más, los sueldos

que se hayan satisfecho hasta ponerlos en su destino, desde cuyo momento serán éstos por cuenta de la empresa, así como el cumplimiento de las demás condiciones que se hubieren estipulado en sus contratos respectivos.

Artículo 30. El capital que formen los objetos expresados en los dos artículos precedentes, no causarán rédito alguno; pero se irá reintegrando parcialmente al Banco, a medida de las utilidades que se logren, no bajando de la sexta parte de ellas.

Artículo 31. Cada vez que la junta tuviere por conveniente suministrar capitales ó máquinas a las sociedades particulares, extenderá el secretario un certificado comprensivo del acuerdo y de las condiciones con que se dá aquel auxilio, y este documento se entregará al escribano que debe formar la escritura para que lo inserte en cabeza de ella, pasando después, a costa de los interesados, una copia autorizada de dicho instrumento, para que registrado en el -oficio de hipotecas a que corresponda, quede archivado en la Secretaría.

Artículo 32. En todos los contratos que la junta celebre para el establecimiento de algún ramo industrial, cuidará de fijar un término prudente, atendidas de instalaciones y demás posibilidades -para plantear y poner en ejercicio la empresa, para que se hayan -pedido capitales ó máquinas.

CAPITULO V DE LOS FONDOS DEL BANCO Y SU RECAUDACION

Artículo 33. El capital del Banco lo forma la junta parte de la -totalidad de los derechos devengados hasta la fecha de su establecimiento, y que en los sucesivo causaren en su introducción los g^éneros de algodón, prohibidos por la ley del 22 de mayo de 1829.

Artículo 34. La recaudación de este derecho se hará por los administradores de las aduanas marítimas de todos los puertos de la República, teniéndola a disposición del Secretario de Relaciones.

Artículo 35. Dichos fondos no serán extraídos de su depósito para aplicarlos a otra cosa ajena de su objeto, ni serán ingresados a las comisarías respectivas por vía de suplementos ó con calidad de pronto reintegro, sino que precisamente se hallarán bajo la custodia y responsabilidad de dichos administradores, teniéndose presente lo que sobre este particular se previene en el Artículo 2 de la ley de 6 de abril, en el 13 y 21 del reglamento de Hacienda de 5-- de mayo en la de 20 de octubre, y en la circular del Gobierno de 4 de noviembre, todas del año de 1830.

Artículo 36. Los expresados administradores enviarán mensualmente a la Dirección del Banco, los cortes de primera y segunda operaciones, comprensivo el primero de la recaudación total del derecho extraordinario impuesto a los géneros de algodón; y el segundo de su quinta parte que pertenece al Banco de cuya cantidad se deducirá aquellas que se hubiesen pagado por orden de la dirección, y los gastos que fueren de descontarse, indicando en seguida la existencia que quedase disponible y ambos documentos los suscribirán el-- administrador y claveros.

Artículo 37. El modo de recoger estos caudales para su depósito - en la Casa de Moneda de esta capital, será por libramiento que girará el presidente de la junta, suscritos por el secretario de -- ella, y en la negociación de dichas letras se procurará obtener las mayores ventajas posibles para el Banco.

Artículo 38. Si alguno de los interesados en las empresas industriales le conviniere recibir letras contra los fondos del Banco

existentes en alguna aduana marítima, se le darán cargándole el premio correspondiente, según el cambio corriente de la plaza, y su importe hará parte del capital que se le haya acordado o bien se le abonará el descuento que hubiere de sufrir según el mismo cambio.

CAPITULO VI
DE LOS EMPLEADOS EN EL BANCO Y SUS ATRIBUCIONES.

Artículo 39. Habrá un secretario de la junta, cuyas atribuciones serán:

Recibir y dar cuenta a la misma junta con todas las comunicaciones oficiales que se le dirijan y solicitudes que se le presenten.

Extender los acuerdos que recaigan en todos los negocios y expeditar su despacho.

Suscribir todas las notas oficiales en unión del presidente o vicepresidente.

Tomar los certificados que sean necesarios para el otorgamiento de las escrituras que hubieren de extenderse.

Vigilar del cumplimiento de las obligaciones de cada uno de los demás empleados en la Secretaría y dar cuenta a la junta de las infracciones que note respecto de lo prevenido en el presente reglamento.

Formar la memoria anual prevenida por el Artículo 9 de Ley de 16 de octubre de 1830, dando en ella razón circunstanciada del estado de la industria y de sus progresivos sucesos.

Artículo 40. Habrá asimismo un oficial para auxiliar las labores de la Secretaría, y desempeñar provisionalmente las funciones del

secretario en las enfermedades ó ausencia de éste dos escribientes de los cuales el primero estará encargado del archivo.

EMPLEADOS DE CONTABILIDAD.

Artículo 41. Se establecerá un departamento separado de la Secretaría para el ramo de contabilidad, del que será jefe un contador. Las atribuciones de éste serán:

Arreglar las cuentas y liquidaciones de todas las empresas industriales habilitadas por el Banco a cuyo fin les llevará un libro a cada una, dividido en cargo y data, sentado en la primera parte las cantidades que fueren recibiendo, así en numerario como en valor de máquinas, y en la segunda, las partidas que formen el reintegro parcial que se haga, de uno y otro auxilio, colocándose además una columna separada para sentar el pago de los réditos.

Así las partidas de cargo como las de data, irán acreditadas con sus respectivos comprobantes que lo sean para lo primero, las escrituras que hayan de otorgarse, y para lo segundo, el aviso que dire el superintendente de la Casa de Moneda del entero que hicieron los interesados.

En los demás gastos que acordare la junta hacer, se sacará por el Secretario un testimonio relativo del acuerdo, y este documento se rá el comprobante de la partida.

Habrá además un libro en que con presencia de los cortes de caja mensuales que deben enviar los administradores de las aduanas marítimas, se vayan anotando a cada una de ellas, el monto de la recaudación que hicieron de los derechos destinados al Banco y el de los gastos o pago de libranzas que por orden de la Dirección hubiesen hecho documentándose ambas partidas con los mismos cortes a cuyo fin se formarán los respectivos legajos.

Habrá también un libro maestro, al que se trasladará en una sola -- partida el monto anual de la recaudación de cada una de dichas aduanas y su respectivo descargo, sacándose estas constancias de los libros manuales de ellas.

Será a cargo del contador llevar toda la correspondencia relativa a su ramo la cual autorizará con su firma el secretario, bajo la -- responsabilidad del mismo contador.

Será igualmente de su cargo formar la cuenta de ingresos y egresos del Banco para agregarla a la memoria que anualmente debe publicarse, y satisfacer todas las dudas que puedan ocurrir en este ramo de contabilidad.

Artículo 42. Habrá un oficial que auxiliará al contador, en el desempeño de las atribuciones que le están demarcadas, y lo suplirá -- en sus ausencias ó enfermedades.

Dicho oficial se encargará además exclusivamente de toda la correspondencia relativa a compra de máquinas y su distribución y practicará las liquidaciones que correspondan a cada una de las empresas industriales que hayan recibido aquellas.

Artículo 43. Habrá asimismo un escribiente archivero a cuyo cargo se hallará el archivo de la contaduría. Será de sus atribuciones -- arreglarlo y formar los índices correspondientes, de manera que pueda facilitar sin demora el documento o expediente que le fuese pedido.

Artículo 44. Igualmente habrá un segundo escribiente que desempeñará indistintamente las labores que se le encarguen por el contador -- ó oficial de este departamento.

El que funcione de segundo escribiente desempeñará además el cargo de recaudador de los réditos, capitales y máquinas que hubieren de recogerse, dando cuenta al jefe de su ramo, y éste a la junta, de lo que se hubiere recaudado, para los fines que expresa el Artículo 37.

Artículo 41. En el caso de que alguno de estos negocios se vuelva contencioso, el contador se apersonará en el Tribunal de Hacienda correspondiente a exponer de palabra ó por escrito los derechos -- que asistan al Banco en la cuestión que se proviere.

Artículo 46. Sujeto en un todo el contador y como miembro del ramo de contabilidad, habrá una guarda máquinas, a cuyo cargo estará el depósito de las que hubieren de ponerse en los almacenes, mientras se dirigen a su destino, y a este fin las recibirá por inventario, en el que anotará las faltas con que llegaren o roturas que hubiesen padecido, colocará las cajas en buen orden y con tal separación de marcas, y tomará las precauciones necesarias para preservar el fierro del ácido. Cada colección será objeto de un libro -- en el que se hará constar pormenor el contenido de cada caja y su peso. Será responsable de la seguridad de este depósito, y por -- ningún motivo permitirá extraer pieza alguna sin acuerdo de la dirección, comunicado por el jefe de su ramo" (3)

Con breve comentario a este reglamento, expresaré que tiene un amplio capitulado que se refiere inicialmente a la manera de conformarse la junta y su modo de renovarse, como lo señalé anteriormente en el comentario que hice a la ley que crea el Banco de Avío, cabe ahondar que los miembros de la junta no recibirán remuneración alguna hasta que el banco obtuviera ganancias.

(3) México Leyes, Decretos, Etc., Tomo I, Op.cit.p.p.-3-11

El capítulo dos establece las facultades del Presidente y de la junta en general. Para el primero destacan las atribuciones que a continuación describo:

Convocar la junta sesiones ordinarias y extraordinarias; la expedición de libranzas y órdenes contra fondos del banco; el nombramiento de comisiones para aquellos asuntos que demanden la intervención de estas para su estudio. Así mismo la junta podrá disponer de la compra de herramientas necesarias para el avío a las industrias, la contratación de mecánicos u obreros si fueren necesarios para el -- montaje de las máquinas; promoción de creación de industrias en -- aquellos lugares de la República donde fuere propicio; acordar el - apoyo pecuniario con que se debían de apoyar a las empresas; proponer la persona para el cargo de secretario del banco al gobierno.

Dentro de este apartado es importante decir que la junta tenía las facultades de señalar los lineamientos que se debían seguir para la operación del banco dentro del propio orden que se le enmarcaba.

El capítulo tres se refirió a la manera que se debían de llevar a - cabo las juntas, las cuales deberían de llevarse a cabo en el Despacho del Ministro de Relaciones y con no menos de tres miembros aparte del Secretario, así como el funcionamiento de las comisiones que dado la importancia del préstamo debían de realizar el estudio previo del otorgamiento.

Se contempla un capítulo muy importante sobre las condiciones y seguridades en que se debían de distribuir los fondos, pues era importantísimo que el objetivo para el cual había sido creado el banco - se cumpliera, no otorgando préstamos indiscriminados; entre las condiciones que se imponían eran que de lo que las empresas destinaran parte de su fondo social al inicio de la empresa, en caso de - no ser posible se garantizan con fiadores lisos que respondieran,-

así mismo si se distraen los fondos de su objeto se retiran los apoyos y se recupera al préstamo, este capítulo en general se refiere a todas y cada una de las obligaciones que tenía el banco para salvaguardar sus recursos.

El capítulo cinco respecto a los fondos del Banco y su recaudación establece que se encausarían en su totalidad para la introducción de los géneros de algodón y serían recaudados por las aduanas marítimas que los remitirían al banco.

Los dos capítulos se refieren a las atribuciones de los empleados del banco, así como a los empleados de contabilidad, los cuales estarían integrados a un departamento de contabilidad que estaría apartado de la Secretaría.

Este reglamento aunque fué promulgado para regir las actividades de un sólo banco, fijó las bases de lo que hoy conforma nuestro sistema bancario, pues todas las reglamentaciones en la actualidad mantienen muchas analogías en su espíritu con el ordenamiento antes señalado.

EL PRESIDENTE ANTONIO LOPEZ DE SANTA ANA EL 23 DE SEPTIEMBRE DE 1842 DECRETA LA EXTINCION DEL BANCO DE AVIO:

"Artículo 1. Se estingue el Banco de Avío establecido por la ley del 16 de octubre de 1830 y cesa en todas sus funciones la junta directiva del propio Banco.

Artículo 2. El archivo del Banco, con todos los demás papeles y efectos de cualquiera clase que le corresponden se entregarán bajo formal inventario al Ministro de Hacienda, quién daña cuenta al su premo Gobierno luego que lo haya recibido, para determinar de todo lo que le corresponda.

Artículo 3. El Ministro de Industria pasará órdenes convenientes al de Hacienda y al Banco de Avfo para el cumplimiento y ejecución de este decreto". (4)

No se establecía alguna infracción penal para ilícitos que se pudiesen realizar en contral del banco por particulares ó empleados.

El 17 de enero de 1837, se dicta un decreto en el cual se establece un "Banco de Amortización de Moneda de Cobre: mandándose a cesar la acuñación de ella, así como otras prevenciones sobre moneda que no sea de otor o de plata". (5)

EL 6 de diciembre de 1841 el entonces Presidente Antonio López de Santa-Ana decretó la disolución de dicho Banco, siendo la Tesorería de la Federación la que cumpliría totalmente con su objetivo.

Este banco no tuvo otra función más que la señalada en su objetivo por lo que se tuvo grandes alcances.

2. EL CODIGO DE COMERCIO DE 1884 COMO REGULADOR DE LA ACTIVIDAD BANCARIA.

Siendo Presidente de la República Manuel González el 20 de abril de 1884, en uso de sus facultades expidió un Código de Comercio. En el título Décimo Tercero, de los Bancos, regulaba la actividad bancaria:

"Artículo 954. No podrán establecerse en la República, Bancos de Emisión, Circulación, Descuentos, Depósitos, Hipotecarios, Agrícolas, de Minería o con cualquier otro objeto de comercio, sino con autorización de la Secretaría de Hacienda, a juicio del Ejecutivo Federal, y llenando los requisitos y condiciones establecidas en este código.

(4) México, Leyes, Decretos, Etc., Tomo I, Op.cit.p. 28

(5) México, Leyes, Decretos, Etc., Tomo I, Op.cit.p. 6

Artículo 955. Los bancos sólo podrán establecerse por sociedades-anónimas o de responsabilidad limitada, que se organizarán conforme a los preceptos de este código, quedando sujetos a sus demás - disposiciones en la que no opongan a las de este título.

Artículo 956. Antes de que el banco dé principio a sus operaciones, someterá a la Secretaría de Hacienda los estatutos que hayan de servir para el manejo de los negocios de la sociedad; y dicha - Secretaría los aprobará. Si no contuviere ninguna estipulación - que de algún modo contrarie lo dispuesto en este código.

Artículo 957. Los bancos no podrán constituirse con un capital me nor de quinientos mil pesos, de los cuales deberán tener en caja, - en moneda efectiva de oro y plata del cuño mexicano, al comenzar - sus operaciones, por lo menos un cincuenta por ciento procedente - de exhibiciones de los accionistas.

El resto del capital de los bancos, se pagará por sus accionistas - en exhibiciones parciales; y de manera que dentro de un año de haberse dado principio a las operaciones del banco, esté íntegramente satisfecho el valor nominal de todas las acciones emitidas.

Artículo 958. En las sociedades del banco habrá por lo menos cinco socios fundadores, y cada uno de éstos tendrá la obligación de suscribir al menos el cinco por ciento del capital social.

Artículo 959. Las acciones de un banco no podrán ser al portador, mientras no estuviere íntegramente pagado su valor nominal.

Artículo 960. Los bancos no podrán adquirir ni poseer bienes raíces, con excepción de los necesarios para establecer sus oficinas - y dependencias, y de las que tuvieran que recibir en pago ó adjudicarse en remate, por que no pueden cubrirse sus créditos de otra -

manera. Sin embargo, respecto de estas últimas, los bancos tendrán la obligación de enagenarlas dentro de dos años si dichos bancos no fueren hipotecarios, y dentro de cinco si lo fueren. Si los bancos no verificaren la venta dentro de dichas plazas, la Secretaría de Hacienda las mandará sacar a remate por el corredor adscrito al banco, y en la misma forma en el Artículo 982.

Artículo 961. Una vez autorizado el establecimiento de un banco de circulación y emisión y aprobados estatutos, manifestará a la Secretaría de Hacienda la suma que en billetes se proponga emitir y la cual en ningún caso excederá de lo que importe la parte del capital exhibido en efectivo por los accionistas.

Artículo 962. Para garantizar debidamente su circulación, los bancos de emisión deberán constituir un depósito en efectivo de plata-ú oro del cuño mexicano, por la tercera parte de los billetes que se propongan emitir, o dar una fianza por el total de dichos billetes, a elección del banco.

Artículo 963. El depósito se constituirá en la Tesorería General de la Federación y de él no podrá disponerse ni aún de consentimiento del banco, sino en los casos y para los efectos siguientes:

I. Para devolverlo al banco cuando sustituya el depósito en dinero efectivo por otro en títulos de la deuda pública ó por una fianza, en los términos de los artículos siguientes:

II. Para hacer igual devolución cuando el banco haya retirado de la circulación los billetes que hubiere emitido, previa destrucción de éstos ante el interventor y un notario público. Esta devolución podrá hacerse parcialmente y a medida que el banco vaya amortizando

su circulación, pero de manera que nunca la suma depositada sea inferior de la tercera parte de los billetes pendientes de pago.

III. Para entregarlo al juez que conozca del juicio de quiebra de un banco, a fin de que con su importe se paguen los billetes que el mismo juez determine.

Artículo 964. Si la garantía consiste en fianza, ésta se constituirá con sujeción a las reglas siguientes:

I. Los fiadores serán tres por lo menos, de notorio abono a juicio del Ejecutivo Federal, y con los demás requisitos que el Código Civil del Distrito exige a los fiadores legales, comprobados por medio de información judicial.

II. La fianza se otorgará ante notario público, y en ella renunciarán los fiadores a los beneficios de orden y excusión, y se hará constar con entera claridad la suma por la que cada uno es responsable.

III. Cada año se hará constar judicialmente la supervivencia e idoneidad de los fiadores; pero la Secretaría de Hacienda podrá exigir de los bancos que sustituyan las fianzas que tuvieron otorgadas, siempre que a su juicio los fiadores hayan dejado de ser notorio abono. Las fianzas no se cancelarán sino en los casos de las fracciones I y II del artículo anterior y cuando el fiador haya cubierto su responsabilidad, ó se haya constituido una nueva fianza relevando al que otorga la antigua.

Artículo 965. Una vez mandada liquidar y pagar la deuda pública de la nación, y puestos en circulación los nuevos títulos que habrán de expedirse, el depósito e numerario o fianzas de que hablan los artículos anteriores, podrán sustituirse por un depósito en es

tos títulos, en cantidad suficiente para que con su valor a precio de plaza se cubra el importe de la tercera parte de la suma que en billetes se proponga emitir el banco.

En tal caso, los números y valores de los títulos se harán constar en el recibo de depósitos; y aunque se permitirá al banco que periódicamente y mientras no haya en la Tesorería orden judicial en contraria, disponga de los cupones respectivos sólo para el efecto de cobrarles a sus vencimientos, los títulos mismos no se retirarán del depósito ni aún para cambiarlos por otros, sino en los casos y para los efectos que expresan las fracciones II y III, Artículo 963.

El interventor del banco y la Secretaría de Hacienda, cuidarán especialmente de que dentro del tercero día se aumente el número de los títulos depositados, en caso de que el precio de plaza de dichos títulos sea inferior, en más de un cinco por ciento, al importe de la tercera parte de la circulación autorizada.

Artículo 966. Hecho el depósito o constituidas las fianzas que expresan los artículos anteriores, la Secretaría de Hacienda autorizará la emisión de billetes dentro de los límites legales y esta autorización, que expresará claramente la suma en billetes que el banco queda facultado para emitir, se fijará en un lugar público y visible en las oficinas del mismo banco, y se publicará por espacio de quince días en el Diario Oficial y en otro periódico del domicilio del banco.

Artículo 967. Antes de poner sus billetes en circulación, el banco los remitirá a la Secretaría de Hacienda, la cual les mandará poner sello o estampa que para cada banco determine, siempre que conserven los requisitos siguientes:

I. Que su monto no exceda de la suma autorizada.

II. Que los billetes expresen con claridad el lugar del pago y la obligación del banco de reembolsarlos a la vista al portador y en efectivo.

Una vez sellados los billetes por la Secretaría de Hacienda, serán remitidos a la oficina para el pago de este tiempo con sujeción a las leyes relativas.

Los billetes que carecieren del sello de la Secretaría de Hacienda no producirán acción ni serán exigibles ante los tribunales; y el banco que los pusiere en circulación, pagará una multa de diez por ciento sobre el importe nominal de los billetes.

Artículo 968. Cuando un banco aumente ó disminuya su circulación dentro de los límites legales, deberá aumentar o podrá disminuir los depósitos o fianzas que tuviere constituidas, de suerte que la proporción entre las garantías y la circulación autorizada, sea siempre la que previene este Código.

El banco que debiendo sustituir los fiadores que garanticen su circulación ó aumentar los depósitos que con el mismo fin hubiere -- constituido, dejará de hacerlo dentro de tres días de haber sido requerido al efecto por la Secretaría de Hacienda, será judicialmente declarado en estado de liquidación.

Artículo 969. Los bancos deberán anunciar, en la manera que establece el Artículo 966, cual es la forma en que han garantizado su circulación de billetes expresando en sus casos, la clase y el número de títulos de la deuda nacional que hubieran depositado ó los nombres de los fiadores.

Artículo 970. Los billetes de banco serán de 5 a 1,000 pesos y es tarán firmados por el interventor del Gobierno, por uno ó más de - los directores del banco y por el cajero del mismo.

La admisión de billetes de banco será siempre voluntaria sin que - nadie esté obligado a recibirlas en pago de ninguna deuda, ni como precio de ninguna operación o servicios, sino por su libre consen- timiento.

Artículo 971. Los bancos de emisión tendrán siempre en caja un di nero en efectivo de plata ó oro del cuño mexicano, cuando menos la tercera parte de la que importe su circulación pendiente de pago; - sin que en tal existencia se pueda computar el importe de los depó- sitos pagaderos a la vista ó a un plazo de treita días o menos, con tados desde la fecha del aviso del deponente, y cuyo imoporte en - consecuencia se deducirá de la existencia metálica en caja.

El interventor y la Secretaría de Hacienda cuidarán de que al ha - cerse cada emisión dentro de los límites legales, la existencia en las cajas de los bancos, no sea inferior a la que este artículo es tablece.

Artículo 972. Los billetes se pagarán a su presentación, sin que- el banco pueda rehusar el pago sino por la falsedad del billete, en cuyo caso éste será remitido desde luego al juez de lo criminal - que fuere competente.

La falta de pago por cualquiera otra causa, constituye al banco en quiebra desde luego.

Artículo 973. Los bancos no podrán:

I. Dar sus billetes en prenda ó depósito, ni contraer cualquiera- otra obligación sobre ellos.

II. Hacer préstamos sobre el valor de sus propios, ni practicar ninguna otra operación sobre ellos.

III. Establecer su domicilio o colocar su capital fuera de territorio nacional.

Artículo 974. Los bancos publicarán mensualmente en el Diario Oficial y en otro periódico de su domicilio, un corte de caja visado por el interventor del Gobierno, comprendiendo el estado general de su activo y pasivo, su existencia en numerario, el saldo de las cuotas de depósitos y el de las cuentas corrientes deudoras y acreedoras, así como el monto de los valores en cartera y de los billetes en circulación. Al practicar el corte de caja, el interventor comprobará la existencia metálica que él aparezca.

Artículo 975. La Secretaría de Hacienda podrá mandar practicar corte de caja extraordinario cuando lo estime conveniente.

Artículo 976. La falsedad de alguna de las partidas del corte de caja de un banco, se castigará conforme al Código Penal, pero considerando el delito como cometido con una circunstancia agravante de cuarta clase.

Artículo 977. La Secretaría de Hacienda nombrará para cada banco un interventor, cuyas atribuciones serán:

I. Cerciorarse de la existencia en caja con que el banco debe comenzar sus operaciones.

II. Suscribir los billetes, cuidando de que la emisión no exceda de la suma autorizada por la Secretaría de Hacienda.

III. Examinar y suscribir el estado de operaciones que mensualmente debe publicarse.

IV. Cerciorarse de que la circulación no exceda de la proporción que la existencia metálica fija este código.

V. Dar cuenta a la Secretaría de Hacienda de cualquier otra mención que note a los preceptos de este código, ó a los estatutos del banco, pero sin poder ingerirse en las operaciones que éste practique, y en las cuales debe gozar de completa libertad.

VI. Rendir a la Secretaría de Hacienda los informes que le fueren pedidos.

Ninguna sociedad de banco ó particular establecida en el extranjero, podrá tener en la República agencias ó sucursales autorizadas para cambiar los billetes que emita, cualquiera que sea la forma de éstos.

La infracción de este artículo se castigará imponiendo al agente una multa de diez por ciento de los billetes que se comprende han sido cambiados.

Artículo 979. Ningún particular ni sociedad que no estuviera autorizada para ello en los términos de este código ó de una ley federal, podrá emitir vales, pagarés, ni cualquiera otros documentos que contengan una promesa de pago en efectivo, al portador y a la vista, ya sea en la forma de billetes, de recibos de depósito ó cualquiera otra. Los documentos así emitidos o suscritos, no producirán acción civil ni serán exigibles ante los tribunales, y el que los firme pagará una multa de diez por ciento sobre el valor que expresen.

Artículo 980. Las sociedades que se formen en el extranjero para emprender la fundación de bancos de cualquier especie en la República, deberán organizarse en ella con total arreglo a lo prevenido en este código; y tanto ellas mismas como sus accionistas ten-

drán el carácter de mexicanos, sin poder invocar nunca derechos de extranjería en lo que se relacione con los aumentos a operaciones del banco, que siempre se decidirán y resolverán con entera sujeción a las leyes mexicanas.

Artículo 981. Los Bancos Hipotecarios no podrán emitir billetes pagaderos a la vista y al portador, pero sin podrán poner en circulación bonos hipotecarios, que se considerarán como bienes muebles y que serán amortizables en los términos que fijen sus estatutos, por un importe igual al de las hipotecas que se hubieran constituido en su favor.

Artículo 982. Cumpliendo el plazo de un préstamo hecho sobre prendas consistentes en monedas, metales preciosos u otras mercancías, el banco podrá venderlas sin forma de juicio y al mejor postor, en remate presidido por el interventor del Gobierno, observándose lo dispuesto en el capítulo 10. del título 7o. del Libro 10. de este Código.

Artículo 983. Si la garantía consiste en títulos de deuda o acciones de sociedades, se venderán por conducto de un corredor titulado a precio de plaza ó por dicho precio las adquirirá el banco a su elección.

Artículo 984. Si la garantía consiste en facturas por cobrar, el banco hará el cobro; y si en facturas de mercancías por recibir -- las recibirá él y se rematarán; en ambos casos el banco quedará pagado de toda preferencia.

Artículo 985. Si el precio de los efectos dados en garantía baja-se de manera que no baste a cubrir el importe del préstamo y un -- diez por ciento más, los deudores quedan obligados a mejorar la ga-

rantía dentro de tres días de ser requeridos al efecto, y si no lo hicieren, el banco podrá proceder al remate o venta de la prenda - como si el plazo del préstamo estuviere vencido.

Artículo 986. A fin de que no haya obstáculo para la venta o remate, si la prenda consiste en acciones ó títulos nominativos, se -- transferirán al banco al celebrarse el contrato, y el interesado recibirá de aquél un resguardo que exprese el único y exclusivo objeto de la transferencia.

Artículo 987. Si el producto de los bienes dados en garantía no bastase a cubrir íntegramente el crédito del banco, podrá éste proceder por la diferencia contra el deudor, a quien por el contrario se entregará el exceso, si lo hubiere, previa deducción de los gastos del remate ó venta.

Artículo 988. Si la garantía consiste en hipoteca en primer lugar se rematará el inmueble hipotecado sin formalidad de juicio, haciéndose la venta en un solo remate que presidirá el interventor del Gobierno, y que anunciará al público con treinta días de anticipación en el Diario Oficial y en otro periódico de la localidad en que la finca esté ubicada, si lo hubiere.

Si la hipoteca fuere en segundo ó tercer lugar, el banco sólo podrá hacer el remate pagando las hipotecas anteriores, ó quedando - éstas impuestas sin alteración sobre el inmueble que se venda.

Artículo 989. Para que el banco pueda proceder al remate de la finca hipotecada, bastará que haya dejado de pagarse puntualmente un período de intereses o un abono del capital, sin que sea necesario que todo éste se haya vencido.

Artículo 990. En caso de remate de un inmueble bastará la protocolización ante notario del acta del remate, para que el título del adquirente se considere perfecto.

Artículo 991. Los concursos no impedirán a los bancos el ejercicio de los derechos que este código les concede.

Artículo 992. Los adeudos al fisco únicamente tendrán preferencia sobre el crédito del banco, cuando procedan contribuciones causadas durante el último año fiscal, las cuales se deberán cubrir de toda preferencia. Los demás adeudos se pagarán con el sobrante del precio, después de reembolsado el banco.

Artículo 993. Las excepciones de los deudores del banco en los casos de remate se tomarán en consideración después de que éste haya sido pagado, a cuyo efecto se seguirá el juicio respectivo, que en ningún caso ni por ningún motivo, impedirá la celebración, ni la realización del remate; pero siempre quedará el banco responsable a los daños y perjuicios cuando hubiere lugar conforme a derecho.

Artículo 994. Los bancos se sujetarán a todas las prevenciones de este código, que no contravengan a las precedentes.

Artículo 995. La Secretaría de Hacienda expedirá los reglamentos que fueren necesarios para la puntual y fácil observancia de las disposiciones de este código relativas a los bancos y pudiendo delegar las facultades de intervención y vigilancia que ellas le conceden, en los jefes superiores u otros empleados de Hacienda respecto de bancos establecidos en los estados". (6)

(6) México, Leyes, Decretos, Etc., Legislación Bancaria 1932-1980 Tomo V, Edit. S.H.C.P., México 1980, p.p.15-22.

Este ordenamiento jurídico, aunque no era una legislación inherente a la actividad, si establecía un capítulo específico que la regulaba; lo más importante de estos preceptos fué que origina un -- gran auge y desarrollo de la banca en México, permitiendo la creación de más bancos con distintos objetivos. Tales como los Bancos de Emisión, Circulación, Descuentos, Depósitos, Hipotecarios, Agrícolas, de Minería. Fueron muchos los bancos de emisión que se -- crearon, el primero en iniciar sus operaciones con tal carácter, -- fué el Banco Nacional de México, el 27 de Marzo de 1882; la Secretaría de Hacienda fué la encargada de controlar las operaciones de todos los bancos, pues como habremos de recordar no existía un banco único de emisión.

Las principales reglas a que se debían de someter para su funcionamiento, los bancos de emisión, era el de constituirse como sociedad anónima ó de responsabilidad limitada, con aprobación de la Secretaría de Hacienda, con un capital no menor de quinientos mil pesos garantizado en moneda efectiva de oro ó plata de cuño mexicano, -- fundándose con no menos de cinco socios, garantizar con una fianza ó moneda de oro ó plata de cuño mexicano los billetes que se emitieron y estuvieron en circulación, la fianza para su funcionamiento la deberían de garantizar cuando menos con tres fiadores; los billetes que se emitan estarán dentro de los límites legales, así mismo realizar el corte de caja que publicarían mensualmente en el Diario Oficial. Es importante señalar que si este corte era falso se castigaría conforme al Código Penal vigente, este delito sería de cuarta clase y era cometido por el mismo banco.

Por otra parte se permitiría el establecimiento de sociedades extranjeras para la fundación de bancos con arreglo al mismo código y leyes vigentes.

Por lo que se refiere al banco hipotecario, únicamente podían poner en circulación bonos hipotecarios, los cuales eran considerados como bienes muebles; una vez cumplidos los plazos hipotecarios, éstos podían rematar los bienes sin necesidad de juicio; pero los deudores podían oponer excepciones, pero sin que se pudiera no llevar a cabo el remate, pero el banco respondiendo de daños y perjuicios en caso de que no hubiera lugar a dicho remate.

La Secretaría de Hacienda emitiría los reglamentos necesarios para que cada banca operara.

No obstante el gran avance que representaba este ordenamiento, fué rebasado por la actividad bancaria que se presenta, así como los problemas que surgieron entre los bancos provocando una gran anarquía en dicha actividad.

Las disposiciones que contenía este código, no establecían tipos penales en cuanto a la distracción de fondos o recursos del banco particulares ó empleados.

3. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1897.

Debido al importante desarrollo de la actividad bancaria, el entonces Presidente Porfirio Díaz expidió el 19 de marzo de 1897 una Ley de Instituciones de Crédito, la cual presentaba un avance notable en cuanto a la técnica jurídica empleada, siendo la primera Ley de su tipo en México; este ordenamiento surgió a raíz de que el Código de Comercio de 1889, al desconfiar de su eficacia y no contar con una amplia reglamentación estableció en el Título XV referente a las Instituciones de Crédito:

"Artículo 640. Que las Instituciones de Crédito se regirían por una Ley Especial, y mientras éste se expide, ninguna de dichas Instituciones podrá establecerse en la República sin previa autorización de la Secretaría de Hacienda y sin el contrato respectivo -- aprobado en cada caso, por el Congreso de la Unión". (7)

Así la Ley de 1897 contemplaba las siguientes disposiciones:

"Capítulo I. De las Instituciones de Crédito y de su Constitución
Capítulo II. De los Bancos de Emisión,; Capítulo III. De los Bancos Hipotecarios; Capítulo IV. De los Bancos Refaccionarios; Capítulo V. Disposiciones Comunes a todos los Bancos; Capítulo VI. -- Franquicias e Impuestos" . (8)

Con la anterior ley aparece lo que se puede considerar como el primer conjunto de normas articuladas y específicas que regulaba a -- los bancos, de gran trascendencia al marcar el verdadero camino de la actividad bancaria, con normas de contenido amplio y con grandes alcances en cuanto a la constitución y operatividad de los bancos en sus distintas facetas.

Como nueva técnica establece disposiciones comunes para todos los bancos y contempla a los bancos refaccionarios. El Código de Comercio establecía de manera particular disposiciones para los bancos de emisión e hipotecarios.

Aunque no contemplaba conductas típicas penales en perjuicio de -- las Instituciones de Crédito, ejecutadas por empleados bancarios.

(7) México, Leyes, Decretos, Etc., Tomo V, Op.cit.p. 43

(8) México, Leyes, Decretos, Etc., Tomo I, Op.cit.p.p. 85-108

4. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS DE 1926.

"Con la revolución de 1910, la cual culminó con la Constitución de 1917, se establece un Banco Unico de Emisión que perteneció al Estado" (9)

Lo que originó la liquidación de los diversos bancos de emisión. -- Fue primeramente que en el año de 1925, el Presidente Plutarco -- Elías Calles promulgó el 16 de enero una Ley de Instituciones de -- Crédito la cual contenía las siguientes normas:

"Titulo Preliminar, Disposiciones Generales, Título I Capítulo I -- Disposiciones Generales. Capítulo II del Banco Unico de Emisión y de la Comisión Monetaria, Capítulo III De los Bancos Hipotecarios, Capítulo IV de los Bancos Refaccionarios, Capítulo V De los Bancos Agrícolas y Bancos Industriales, Capítulo VI De los Bancos de Depósito y Descuento, Capítulo VII De los Bancos de Fideicomiso, Capítulo VIII De los Impuesto, Capítulo IX De la Caducidad, De las Concesiones y Liquidación de las Instituciones de Crédito, Capítulo X De otras disposiciones comunes a las Instituciones de Crédito; TITULO II DE LOS ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS Y DE LOS ASIMILADOS A ELLOS, Capítulo I Disposiciones General, Capítulo II De los Establecimientos Bancarios Nacionales, Capítulo III De las Sucursales y Agencias de Bancos o Establecimientos Bancarios Extranjeros, Capítulo IV De los Establecimientos que reciben depósitos sin dedicarse a Operaciones Bancarias, Capítulo V De los Establecimientos que Expidan Título Pagaderos en abonos, Capítulo VI Disposiciones Comunes de los Establecimientos Bancarios Título III Disposiciones de Observancia General, Capítulo I De la Inspección de las Instituciones de Crédito, De los Establecimientos Bancarios y de Asimilados a éstos, Capítulo II Disposiciones Varias". (10)

(9) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. Op.cit.p. 25

(10) México, Leyes, Decretos, Etc., Tomo V, Op.cit.p.p.300-367

La característica principal de esta ley era que termina con el régimen de libertad cambiaria casi absoluta y además se requería la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Con los fuertes cambios político-económicos que sufría el País, el Presidente Calles expide una nueva Ley General de Instituciones de Crédito Establecimientos Bancarios el 31 de agosto de 1926.

Esta ley fué importantísima para que en lo futuro se tuviera un mejor desarrollo en la actividad bancaria, que está íntimamente ligada a la marcha económica del país.

El ordenamiento antes señalado contenía las siguientes disposiciones:

"Título Preliminar Disposiciones Generales: Título Primero de las Instituciones de Crédito, Capítulo I Disposiciones Generales, Capítulo II del Banco Único de Emisión, Capítulo III De los Bancos - Hipotecarios, Capítulo IV De los Bancos Refaccionarios, Sección I De los Bancos Refaccionarios Generales, Sección II De los Bancos - Industriales, Sección III de las Instituciones de Crédito Agrícolas, Capítulo V De los Bancos de Depósito y Descuentos, Capítulo VI De los Bancos de Fideicomiso, Sección I Del objeto y constitución de los Bancos de Fideicomiso, Sección II del Fideicomiso propiamente dicho, Sección III De otras operaciones de los Bancos de Fideicomiso por cuenta ajena, Sección IV Disposiciones comunes a las secciones anteriores, Sección V De los Departamentos de Ahorro Sección VI De las Operaciones Bancarias de Depósito y Descuentos, Sección VII Disposiciones Generales, Capítulo VII De los Bancos o Cajas de Ahorro, Capítulo VIII De los Almacenes Generales de Depósito, Capítulo IX De los Almacenes Generales de Depósito, Capítulo IX De las Compañías de Fianzas, Capítulo X Disposiciones Comunes a las Instituciones de Crédito; TITULO II DE LOS ESTABLECIMIENTOS Y LOS ASIMILADOS A ELLOS, Capítulo I Disposiciones Generales.

Capítulo II De los Establecimientos Bancarios, Sección I De los Establecimientos Bancarios Mexicanos, Sección II De las Sucursales de las Compañías Bancarias y Bancos Extranjeros Sección III Disposiciones Comunes sobre Establecimientos Bancarios; TITULO III DISPOSICIONES DE OBSERVANCIA GENERAL PARA LAS INSTITUCIONES DE CREDITO, ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS Y LOS ASIMILADOS A ELLOS. Capítulo I De la Inspección, Capítulo II De la Contabilidad y de la Correspondencia, Capítulo III De la suspensión de pagos de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios y Asimilados a ellos, Sección I Disposiciones Preliminares, Sección II De la declaración del Estado de Suspensión de Pagos, de la Reanudación de Pagos y Suspensiones, Sección III Del Convenio General con los Acreedores, Sección IV De la Declaración de Quiebra y consiguiente Liquidación Sección V Disposiciones Generales, Capítulo IV Disposiciones varias". (11)

Es importante destacar que no contempla ninguna disposición de tipo penal en contra de quienes realizaban alguna actividad que afectara el patrimonio de las Instituciones de Crédito.

Aunque como lo señala Octavio Hernández "Asimilaba con las Instituciones de Crédito, a los Bancos de Fideicomiso, a los Bancos de Ahorro, a los Almacenes Generales de Depósito y a las compañías afianzadoras, estableciendo su operatividad y una mayor normatividad de la actividad bancaria". (12)

En su momento este ordenamiento jurídico fue de gran trascendencia pues vino a consolidar un largo proceso histórico legislativo que se adecuara a las necesidades del país; estableciendo las bases generales de una legislación que en el fondo ha sido conservada en reformas posteriores.

- (11) México, Leyes, Decretos, Etc., Tomo I, Op.cit.p.p.367-449
(12) Hernández, Octavio, Derecho Bancario Mexicano, Edit. Porrúa 3er. Edición, México 1956, p. 45

Esta ley al igual que la de 1925, regula el funcionamiento del banco de emisión único, que sería el Banco de México, se contemplan - las instituciones de Crédito, Hipotecarias, Industriales, Refaccionarias, Agrícolas, de Depósito y descuentos, así como las de Fideicomiso, de ahorro; así mismo lo que hoy se conoce como organizaciones auxiliares de crédito, aparecen en este ordenamiento, tales como: Los Almacenes Generales de Depósito, las Compañías de Fianzas y los organismos asimilados a las mismas.

El ordenamiento del 16 de enero de 1925 no señalaba las organizaciones auxiliares en forma específica.

En forma paralela a todas las disposiciones jurídicas que contenía la ley no se contempla alguna actividad fílicita cometida en perjuicio de las Instituciones de Crédito por empleados bancarios ó particulares.

5. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932.

El 28 de junio de 1932, el entonces Presidente de la República, -- Pascual Ortiz Rubio, expide un nuevo ordenamiento supliendo al anterior, que aunque había surgido para depurar el sistema bancario nacional adoleció de deficiencias.

Esta ley regulaba las siguientes figuras bancarias que a continuación describo:

"TITULO PRELIMINAR. Capítulo Unico; TITULO I DE LAS INSTITUCIONES DE CREDITO, Capítulo I de las Concesiones, de la Organización de las Instituciones de Crédito, Sección Primera de las Concesiones, - Sección Segunda De la Organización, Capítulo II del Funcionamiento Sección Primera, Sección Segunda. De los Depósitos a la vista y - de su inversión, Sección Tercera De los Depósitos en cuenta de Ahorros, Sección cuarta De los Depósitos a plazo de su inversión, --

Sección Quinta De la emisión de Bonos Hipotecarios y de los Préstamos Inmobiliarios, Sección Sexta De las Instituciones Fiduciarias, Sección Séptima, de los Servicios Especiales; TITULO II DE LAS INSTITUCIONES AUXILIARES Capítulo II Bolsas de Valores, Capítulo IV - De las Sociedades Generales o Financieras, Capítulo V De las Uniones, Asociaciones o Sociedades de Crédito, Capítulo VI Disposiciones Generales, TITULO III DE LA INSPECCION Y VIGILANCIA, Capítulo I de la Comisión Nacional Bancaria, Capítulo II de las funciones - de la comisión; TITULO IV DEL ESTADO DE LA SUSPENSION DE PAGO Y LIQUIDACION. Capítulo I Estado de Suspensión de Pagos, Capítulo II - Del Estado de Quiebra, Capítulo III De la Liquidación, Capítulo IV De la Liquidación Extrajudicial, Capítulo V Disposiciones Generales; TITULO V DE LAS RELACIONES FISCALES, DE LOS PROCEDIMIENTOS Y DE LAS SANCIONES. Capítulo I De las Relaciones Fiscales, Capítulo II De los Procedimientos Especiales, Capítulo III De las Sanciones" (13)

Esta ley consideraba como organizaciones auxiliares a los Almacenes Generales de Depósito, a las Cámaras de Compensación, Las Bolsas de Valores y las Sociedades Financieras.

Fue el primer ordenamiento que tipificaba un delito en perjuicio - de una Institución de Crédito, en el Título V De las Relaciones Fiscales, de los Procedimientos y de las Sanciones, Capítulo II De las Sanciones, señalaba:

"Artículo 290. Se considerará como fraude el hecho que una persona o sociedad, para obtener préstamos de Instituciones de Crédito proporcione a ésta datos falsos sobre el monto de su pasivo. Se declara aplicable en toda la República, para efectos de este artículo. El Artículo 386 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales" (14)

(13) México, Leyes, Decretos, Etc. Tomo I, Op.cit.p.p.555-623

(14) México, Leyes, Decretos, Etc. Tomo I, Op.cit.p.620

Es de gran importancia la configuración de este delito, que se equiparaba al fraude, contemplándose por primera vez un medio de defensa para las Instituciones de Crédito, ante un riesgo que se les presentaba en la práctica.

La equiparación del fraude al tipo antes descrito se hace en virtud, de que el agente al aportar datos falsos sobre su pasivo, está alterando o mutando la verdad con el fin de obtener un préstamo provocando un daño patrimonial a las Instituciones de Crédito traducándose de hecho en un enriquecimiento ilícito.

Esta figura aunque representaba un avance no contemplaba la participación directa de los empleados o funcionarios bancarios.

Es importante manifestar que estableció una mejor estructura jurídica, dicho ordenamiento contemplaba en sus capítulos a las Instituciones de Crédito, De las Instituciones Auxiliares, De la Inspección y Vigilancia, Del Estado de las Suspensión de Pago y liquidación y por último De las Relaciones Fiscales, De los Procedimientos y De las Sanciones.

La estructuración de este ordenamiento permitió una mejor operatividad de los bancos y mayor margen de desarrollo y control.

6. LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DE 1941.

Bajo el Gobierno del General Manuel Avila Camacho, el 3 de mayo de 1941, se publicó esta ley que conservaba en gran parte la estructura jurídica de las legislaciones bancarias anteriores.

En el capítulo IV de las Prohibiciones Generales y de las Sanciones establecía;

"Artículo 149. Se considerara como fraude el hecho que una persona o sociedad, para obtener préstamos de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares proporcione a éstas datos falsos sobre el monto de su activo o de su pasivo. Se declara aplicable en toda la República, para efectos de este artículo, el Artículo 386 -- del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales" (15)

En esta figura delictiva aparecen nuevos elementos, el préstamo -- también se podía obtener de las Organizaciones Auxiliares, los datos falsos que se aporten recaían en el activo, el anterior tipo -- contemplaba solo el pasivo.

El tipo continuaba equiparándose al fraude, no señalando la ley al gún delito cometido por empleados o funcionarios de las Instituciones de Crédito.

Hay que destacar que este ordenamiento jurídico sufrió numerosas -- reformas en la mayoría de sus disposiciones durante su vigencia, la causa de estas modificaciones fueron las nuevas circunstancias que se presentaban por el gran desarrollo económico del país.

7. DECRETOS DE REFORMAS Y ADICIONES A LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES DEL 31 DE DICIEMBRE DE 1973

En el régimen de Luis Echeverría Alvarez, el 31 de diciembre de -- 1973, se reforma y adiciona la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, mediante este decreto, de una -- forma congruente se establece un capítulo especial de infracciones y delitos que tendría más alcance que las legislaciones anteriores con la tipificación de figuras delictivas idóneas para la defensa de las Instituciones de Crédito por algunas actividades ilícitas -- que pudieran cometerse en perjuicio de dichas Instituciones.

(15) México, Leyes, Decretos, Etc., Tomo II, p.251

Así en el Capítulo IV de las Prohibiciones Generales y de las Sanciones establecía:

"Artículo 149. Serán sancionados con prisión de dos a diez años y multa hasta de \$1'000,000.00:

I) Las personas que con el propósito de obtener un préstamo, proporcionen a una Institución de Crédito u Organización Auxiliar, datos falsos sobre el monto de activo ó pasivo de una entidad o persona física ó moral, si como consecuencia de ello resulta un quebranto patrimonial para la Institución u Organización.

II) Los funcionarios de una Institución u Organización Auxiliar, que conociendo la falsedad sobre el monto de los activos o pasivos conceden el préstamo a que se refiere la fracción anterior, produciéndose los resultados que se indican en la misma". (16)

Este artículo a diferencia del anterior se subdivide en cuatro -- fracciones, no se señalan las otras por no ser objeto del estudio.

Este tipo cuenta con penalidad propia y ya no se equipará al fraude como los anteriores.

En la Fracción I, sólo señala como sujetos activos del mismo a -- las personas y no a las sociedades, apareciendo nuevos elementos -- en el tipo: los datos falsos que se aporten serán de una entidad o persona física ó moral, que a diferencia del anterior delito era una persona o sociedad y es más importante que se ocasione un quebranto patrimonial para la Institución u Organización.

(16) México, Leyes, Decretos, Etc. Tomo V, Op.cit.p. 251.

La Fracción II del tipo señalaba por primera vez el delito cometido por un funcionario bancario, que está relacionado con la fracción anterior, al autorizar el funcionamiento bancario el préstamo conociendo de la falsedad de los datos originando un quebranto patrimonial a la Institución u Organización.

Al no equiparlo al fraude, representaba una ventaja, ya que no es necesario reunir todos los elementos que normalmente son necesarios para acreditar el fraude, no excluyendo la imposición de penas por la comisión de otro u otros delitos.

Fue de suma importancia la tipificación de estas figuras y más aún la del artículo 149 Fracción II, por que los funcionarios bancarios tienen la obligación de proteger los objetivos e intereses que le son encomendados, pues en innumerables ocasiones eran ellas las que propiciaban estas conductas, además de requerir una sanción específica y no la del simple fraude en caso de que este se integrara.

8. LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO DEL 14-DE ENERO DE 1985.

A raíz del decreto de nacionalización de la banca privada, expedida por el Presidente de la República, Lic. José López Portillo, publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 10. y 2 de septiembre de 1982, la actividad bancaria que se encontraba concesionada a los particulares por el Ejecutivo Federal a través de contratos administrativos pasó a ser controlado por la Administración Pública Federal.

Este decreto se expidió en virtud de que los concesionarios se habían desviado de los objetivos que les fueron encomendados, pues no respondían al interés nacional, ya que habían provocado fenómenos monopolísticos con el dinero aportado por el público en general

además de obtener excesivas ganancias.

Esta nacionalización se origina en momentos en que México atraviesa una gran crisis económica, por lo que se requería que el Crédito se utilizara para tener un desarrollo firme y sostenido, que se base en una planeación nacional, democrática y participativa.

Siendo el momento coyuntural para que el Estado demuestre que es un buen administrador, al actuar con eficiencia y eficacia la cual redundará en un mejor beneficio social.

Por lo anterior el servicio de la banca requería de una nueva reglamentación más acorde a las circunstancias que se presentaban.

Es así que el 28 de diciembre de 1984, se expide la:

"Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito", publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 1985.

Esta nueva reglamentación cuenta con una técnica jurídica más depurada, sólo regula a las Instituciones de Crédito, entendidas como - Sociedades Nacionales de Crédito y no así a las Organizaciones Auxiliares, dicha ley se encuentra orientada a coadyuvar con el Plan Nacional de Financiamiento normando los términos en que el Estado -- preste dicho servicio.

Este ordenamiento establece en el "TITULO IV DE LAS PROHIBICIONES, - SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y DELITOS; Capítulo III de los Delitos.

Artículo 90. Serán sancionados con prisión de dos a diez años y -- multa hasta por la cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo general diario del Distrito Federal.

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

II. Los Servidores Públicos de una Institución de Crédito que conociendo la falsedad sobre el monto de los activos ó pasivos concedan el préstamo a que se refiere la fracción anterior, produciendo se los resultados que se indican". (17)

En esta nueva tipificación encontramos algunos elementos modificados y otros nuevos. El monto de la multa se eleva como máximo de hasta un millón de pesos a cinco mil veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal.

El delito es cometido sólo en perjuicio de Instituciones de Crédito ya no en contra de Organizaciones Auxiliares ya que éstas se rigen por un ordenamiento propio.

En la fracción II, ya no se emplea el término funcionarios, sino servidores públicos, debido a la nacionalización de la banca, los empleados bancarios pasaron a regirse por el Apartado B del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que regula las relaciones laborales de los trabajadores al servicio del Estado.

Con la nueva reglamentación se dá un nuevo giro en la prestación del servicio de Banca y Crédito que había sido manejado con intereses distintos a los que se habían marcado.

Y así mismo se protege aún más a las Sociedades Nacionales de Crédito, por que es el interés nacional, el que podría afectarse en-

(17) Ley Reglamentaría de Servicio Público de Banca y Crédito, -- Edít. Porrúa, México 1985, p.p. 45-46

caso de realizarse una conducta ilícita en contra de dichas sociedades.

Por lo que respecta al servidor público, este es un trabajador bancario y como tal tiene la obligación de tener toda la probidad y honestidad que se requiera.

A cada uno de los ordenamientos jurídicos a que he hecho referencia, cumplieron de alguna forma con los objetivos para los cuales fueron creados, pero como lo he señalado en muchas ocasiones fueron rebasados por la realidad económica del país, aclarando que no es el tema central de este trabajo, el estudio propio de la actividad bancaria, sino el delito especial que se tipifica en la fracción II del artículo 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito que es una figura que debe ser analizada primordialmente por el derecho Penal.

CAPITULO IV

EL TIPO PREVISTO EN LA FRACCION II DEL ARTICULO 90, A LA LUZ DE LA DOGMATICA.

1. TIPO
2. CONDUCTA
3. AUSENCIA DE CONDUCTA
4. TIPICIDAD
5. ATIPICIDAD
6. ANTIJURIDICIDAD
7. CAUSAS DE JUSTIFICACION
8. IMPUTABILIDAD
9. INIMPUTABILIDAD
10. CULPABILIDAD
11. INCULPABILIDAD
12. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD
13. AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD
14. PUNIBILIDAD
15. EXCUSAS ABSOLUTORIAS

1. TIPO.

Antes de iniciar, el estudio dogmático del presente delito, haré mención, que esta conducta delictiva, es de carácter especial, en virtud de no hallarse comprendida en el Código Penal Sustantivo, si no en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Es importante destacar, que el objetivo principal de estudio del presente trabajo es la fracción II del artículo 90, que se halla íntimamente ligado con la fracción I, del cual depende la fracción que voy a analizar. Aclarando que el artículo 90 se compone de -- cuatro fracciones.

El artículo 90 en sus cuatro fracciones, tiene la siguiente descripción típica.

"Serán sancionados con prisión de dos a diez años y multa hasta -- por la cantidad equivalente a cinco mil veces el salario mínimo -- general diario del Distrito Federal.

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

II. Los Servidores Públicos de una Institución de Crédito que, conociendo la falsedad sobre el monto de los activos ó pasivos con -- cedan el préstamo a que se refiere la fracción anterior, provocan -- do los resultados que se indican en la misma;

III. Las personas que para obtener préstamos de una Institución -- de Crédito presenten avalúo que no corresponda a la realidad, de -- manera que el valor real de los bienes que ofrecen en garantía --

sea inferior al importe del crédito, resultando un quebranto patrimonial para la Institución; y

IV. Los Servidores Públicos de la Institución que, conociendo los vicios que señala la fracción anterior, concedan el préstamo, si el monto de la alteración hubiere sido determinante para concederla y se produce quebranto patrimonial para las Instituciones u Organizaciones". (1)

Elementos del artículo 90, fracción II:

- a) el servidor público de una institución de crédito;
- b) conoce la falsedad del monto de activos y pasivos;
- c) concede el préstamo;
- d) provoca quebranto patrimonial;

a) Servidor Público de una Institución de Crédito, De acuerdo a lo que señala el Código Penal vigente en el artículo 212, se entiende por servidor público: "toda persona que desempeña un empleo, cargo ó comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, en el Congreso de la Unión ó en los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito ó que manejen recursos económicos federales".(2)

Por lo que respecta a la institución de crédito, el maestro Acosta-Romero dice que nuestra legislación bancaria no da una definición de banca en virtud de que se regulan las "operaciones típicas de crédito, como servicios bancarios, que algunos autores llaman neutrales". (3)

(1) Ley Reglamentaria de Servicio Público de Banca y Crédito, Edit. Porrúa, México 1987, p. 46

(2) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México -- 1987, p.p. 53-54.

(3) Acosta Romero, Miguel. Op.cit.p. 75

Por otra parte la L.R.S.P.B.C., establece en su artículo 2o. "El servicio público de banca y crédito será prestado exclusivamente por las Instituciones de Crédito constituidas con el carácter de Sociedad Nacional de Crédito, en los términos de la presente ley.- Las sociedades nacionales de crédito serán:

- I. Instituciones de Banca Múltiple y
- II. Instituciones de Banca del Desarrollo" (4)

El artículo 9 de la misma ley, en párrafo primero, establece: Las sociedades nacionales de crédito son Instituciones de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios.

Serán creadas por decreto del Ejecutivo Federal conforme a las bases de la presente ley.

- b) Conocimiento de la falsedad del monto de activos y pasivos.

Respecto a esto, el servidor público bancario, conoce de la alteración de la verdad, es decir de los activos y pasivos de la entidad o persona física o moral. Por activo nos dice el diccionario que es el "importe total de valores, efectos y derechos que una persona tiene a su favor". (5). A contrario se entenderá el pasivo.

- c) Conceder el préstamo. El sujeto activo del delito otorga el préstamo sin importarle los resultados que se pudieran causar.

- d) Provoca quebranto patrimonial. De acuerdo a lo que señala el diccionario de la lengua, quebranto significa; acción de quebrantar, que en sentido figurado es; forzar, romper, quebrantar la prisión.

- (4) Ley Reglamentaria de Servicio Público de Banca y Crédito, -- Edit. Porrúa, México 1987, p.p.7-8
- (5) Diccionario Pequeño Laousse, Edit. Laousse, Barcelona, España 1974, p. 17

Patrimonio; nos dice Pallares es "una noción jurídica en la que van implícitos como elementos esenciales, un activo y un pasivo". (6)

Por lo que toca a los presupuestos del delito, me adhiero a la postura del maestro Porte Pettit, que acepta los presupuestos del delito y los presupuestos de la conducta ó hecho, dividiéndose en generales y especiales, punto que ya he analizado en el capítulo uno -- del presente trabajo. En la fracción II del artículo 90, a parte de esta en presencia de los presupuestos del delito, nos encontramos con un presupuesto de hecho, en virtud de que debe de presentarse un resultado material de acuerdo a la descripción típica, es decir un quebranto patrimonial para la institución de crédito.

2. CONDUCTA.

La conducta, en el presente delito, consiste o se presenta en el momento en que el servidor público bancario "concede" el préstamo, a sabiendas que son datos falsos los que se aportan.

En orden a la conducta y de acuerdo al término que emplea la ley -- "concedan", implica una actividad (elemento físico) voluntaria (elemento psíquico) por parte del sujeto activo; esta acción deberá de ser entendida como hecho. Pues existirá un resultado material provocado por la conducta y entre ésta y el primero habrá un nexo causal, en este caso se exige que se conozca la falsedad del monto de activo ó pasivo.

Descartándose que pueda darse este delito por comisión en sus dos formas; comisión simple ó comisión por omisión.

(6) Acosta Romero, Miguel. Op.cit.p. 99

En orden a los actos, es plurisubsistente, ya que permite que la actividad sea fraccionable en varios actos. Pues el servidor público bancario en varios actos concede el préstamo.

En orden a los sujetos, se presentan dos hipótesis; en el caso de ser unisubjetivo, un solo individuo la concedera, si es plurisubjetivo se requiere de dos ó más. Un ejemplo de este, se presenta en la práctica bancaria diaria, caso particular, el Banco Nacional de México, S.N.C., en el cuál sus sucursales operan de la siguiente manera en cuanto a préstamos se refiere, hasta determinado monto los autoriza el subgerente, sin necesidad de aprobación del gerente, pasando de este monto se requiere de dicha aprobación.

Respecto a su consumación, es un delito instantáneo, en virtud de agotarse la conducta, en el momento de conceder el préstamo y del cual resulte el quebranto patrimonial para la Institución de Crédito.

En orden al resultado, es material, por que el momento de que el sujeto activo conceda el préstamo y el sujeto de crédito cause que --branto patrimonial para la institución, existirá una mutación en el mundo naturalístico , lo que puede permitir la tentativa.

Estimo que es un delito de daño ó lesión, por que lesiona el bien--jurídico protegido por la norma, que en este caso será el patrimonio de la Institución de Crédito.

3. AUSENCIA DE CONDUCTA.

En mi opinión, el artículo 90 fracción II, no opera ninguna de las posibles causas de ausencia de conducta, que impidan la configuración del delito.

4. TIPICIDAD.

Habr  tipicidad de acuerdo a lo que señala la doctrina; la adecuación de la conducta o el hecho a la hipótesis legislativa, en este caso será lo que dispone la fracción II del artículo 90 de la Ley-Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

El servidor público que concede el préstamo conociendo de la falsedad de los datos.

a. Este tipo es exclusivo en razón de que requiere una calidad especial el sujeto activo, este tendrá que ser necesariamente un ser vidor público, con la característica de ser empleado bancario   --funcionario; el cuál debe de tener nombramiento expedido por la -Institución de Crédito y facultado para conceder dicho préstamo.

b. En cuanto al sujeto pasivo, este será una Institución de Crédito, recayendo sobre este la conducta del sujeto activo.

c. Respecto al objeto jurídico y objeto material en este delito, -se presenta lo siguiente:

1. Objeto jurídico: En este caso el bien jurídico tutelado es el patrimonio.

2. Objeto material: Será el patrimonio de la Institución de Crédito, que es el afectado con la conducta realizada por el sujeto -activo.

En orden al tipo, la fracción II del artículo 90 es:

1. Es complementado. Porque requiere para su integración de el -tipo previsto en la fracción I del artículo 90.

2. Anormal. Pues contiene elementos objetivos, normativos y subjetivos.

a. Elemento objetivo: Conceder el préstamo a que se refiere la fracción I del artículo 90.

b. Elemento subjetivo: Conoce de la falsedad de los datos que se aportan.

c. Elemento normativo: Tendrán que ser los activos o pasivos de una entidad o persona física ó moral.

3. Tipo de formulación alternativa en cuanto a los medios: Por cuanto a los datos falsos que se presenten pueden ser de activos ó pasivos.

4. Tipo gravado: por ser su penalidad sumamente alta de dos a diez años de prisión.

5. ATIPICIDAD.

Habrã atipicidad cuando la conducta no encuentre perfecta adecuación en la fracción II del artículo 90.

Cuando el sujeto activo no reúna la calidad de servidor público bancario o si la tiene no esté facultado para conceder préstamos.

Respecto al sujeto pasivo que éste no sea una Institución de Crédito.

Cuando no conozca de la falsedad de los datos que le aporten, ya sea de activos ó de pasivos.

6. ANTIJURIDICIDAD.

Habr  antijuridicidad en el tipo previsto en la fracci3n II del artículo 90; cuando el servidor público bancario conceda el préstamo conociendo que los datos de los activos y los pasivos que presenta el solicitante son falsos. Además de no estar amparado por alguna causa de justificaci3n.

7. CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Estimo que no se presenta ninguna de las causas de este aspecto negativo de la antijuridicidad, por las características del delito.

8. IMPUTABILIDAD.

En este delito el servidor público bancario, necesariamente será una persona con capacidad de conciencia y de voluntad, así mismo mayor de dieciocho años.

9. INIMPUTABILIDAD.

De acuerdo a las distintas hipótesis de este aspecto negativo no opera ninguna.

10. CULPABILIDAD.

La ejecuci3n de este delito, no se puede concebir sino en forma dolosa; de acuerdo a la clasificaci3n que hace el maestro Castilla nos Tena de dolo, en este tipo existe el dolo indirecto; por que el servidor público bancario concede el préstamo, previendo que se puede causar un quebranto patrimonial a la Instituci3n de Crédito- en virtud de que los datos que se aportan son falsos y no se garantiza dicho préstamo, de acuerdo a la descripci3n del tipo no se hace necesario que formalmente el servidor público obtenga un enriquecimiento.

11. INculpABILIDAD.

Respecto a este aspecto negativo, considero que no opera el error-de hecho esencial invencible, las eximentes putativas y la no exigibilidad de otra conducta. Por lo que se refiere al error accidental, este no es una causa de inculpabilidad.

12. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Estas circunstancias exigidas por la ley para la imposición de la pena en ciertas conductas antijurídicas, no se presentan en esta - figura legal.

Sin embargo se requiere el requisito de procedibilidad, que es la- querrela de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para su - persecución.

13. AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Al no hacerse necesarias las condiciones objetivas de punibilidad- en este tipo, es irrelevante su ausencia.

14. PUNIBILIDAD.

El artículo 90 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito establece una sanción de 2 a 10 años de prisión y una multa de hasta cinco mil veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal.

Como se puede observar es una penalidad sumamente alta en virtud - de no alcanzar fianza el sujeto activo, no importando el monto del préstamo; por lo que respecta a la multa este puede ascender hasta \$40'000,000.00

15. EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

En éste no se presenta ningún caso.

CAPITULO V

LA TENTATIVA EN EL TIPO DE LA FRACCION II DEL ARTICULO 90

1. CONCEPTO

2. FORMAS DE TENTATIVA

A. ACABADA

B. INACABADA

3. LA TENTATIVA EN EL TIPO PREVISTO EN LA FRACCION II DEL ARTICULO 90.

LA TENTATIVA EN EL TIPO DE LA FRACCION II DEL ARTICULO 90.

I. CONCEPTO.

La tentativa se presenta dentro de lo que se ha denominado formas de aparición del delito. A la concepción del delito consumado y tentativa se le llama bipartita, por otra parte se habla de la concepción tripartita que comprende además de estas dos figuras el delito frustrado, al cual me referiré posteriormente.

Existe una fase que se le denomina "fase inter criminis", en estos nos dice el maestro Castellanos Tena "el delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente hasta su terminación; recorre un sendero ó ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento". (1)

Por su parte Rodríguez Devesa, expresa al respecto "desde que se concibe la idea de cometer el delito hasta que el autor consigue lo que se ha propuesto, atraviesa una serie de fases que se conocen con el nombre de inter criminis". (2)

De lo manifestado por los dos tratadistas, se desprende que en el sujeto activo hay un proceso psíquico que se divide en dos fases; la fase interna y la fase externa.

Sobre el particular el penalista Castellanos Tena, sostiene que la fase interna se da desde que se presenta la idea criminosa, hasta que se encuentra a punto de exteriorizarse y la fase externa desde la manifestación de la idea hasta la consumación.

(1) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p.275

(2) Rodríguez Devesa, José María. Derecho Penal Español, Parte General, Edit. Gráficos Caraso, Madrid. España 1979, p. 725.

A continuación describiré el cuadro que presenta el autor antes mencionado:

	Idea criminosa ó ideación
Fase Interna	Deliberación
	Resolución.
Fase inter criminis	
	Manifestación
Fase Externa	Preparación
	Ejecución (tentativa ó consumación)" (3)

Fase Interna. En la idea criminosa o ideación, expresa este penalista: "en la mente humana aparece la idea de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto". (4)

Aquí el sujeto puede fijar la idea o desecharla pudiendo surgir la deliberación por ésta, nos dice el maestro Pavón Vasconcelos "se entiende el proceso psíquico de la lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral ó utilitario que pugnan contra ella". (5)

A este proceso le sigue la resolución, en la cual el sujeto después de pensar y valorar decide llevar a la realidad el deseo de cometer el delito, pero aún no se externa.

Es importante destacar lo expuesto por la mayoría de los penalistas de derecho Penal, que los actos internos están fuera del campo del derecho, la preparación no es más que un delito en potencia.

Fase externa. Se presenta la manifestación, la idea de cometer el delito, surge en el mundo material, trasciende de la psique humana.

(3) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p. 276

(4) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p. 276

(5) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 425

Sobre la resolución manifestada Pavón Vasconcelos afirma que no puede ser considerada ni en la fase interna, ni externa, sino que es intermedia.

La manifestación es incriminable en ciertos delitos, un ejemplo -- son las amenazas que el Código Penal tipifica en el artículo 282.

Posterior a este proceso se da la preparación "se caracteriza por ser de naturaleza inocente en sí misma y puede realizarse con fines lícitos o delictivos". (6)

Por último tenemos la ejecución de éste por el sujeto que realiza la conducta o hecho y que se traduce en dos aspectos; la tentativa ó la consumación.

La tentativa señala el penalista Pavón Vasconcelos, no fué contemplada en el derecho Romano; en el derecho Privado no tuvo validez por que siempre se atendió al daño causado, fué en el Código Carolino (Constitución Criminosa) dictada por Carlos V que se contempló por primera vez.

Cuello Calón, afirma que estaremos en presencia de la tentativa, - "cuando habiendo dado comienzo a la ejecución del delito se interrumpa éste por causas ajenas a la voluntad del agente". (7)

Por su parte Castellanos Tena, afirma "entendemos por tentativa, - los actos ejecutivos (todos ó algunos), encaminados a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto". (8)

(6) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p. 278

(7) Cuello Calón, Eugenio. Op.cit. Vol. II, p. 622

(8) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p. 279

De esta última definición se desprenden los siguientes elementos:

- a) actos ejecutivos;
- b) encaminados a la realización de un delito;
- c) no se consuma por causas ajenas.

Pavón Vasconcelos menciona que los autores consideran con ligeras -variantes que estos son los elementos de la tentativa.

- a) un elemento moral ó subjetivo, consiste en la intención dirigida a cometer un delito;
- b) un elemento material y objetivo que consiste en los actos realizados por el agente que deben de ser de naturaleza ejecutiva; y
- c) un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto". (9)

El Código Penal vigente establece en su artículo 12: "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería de producirlo ó omitiendo la que debería de evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". (10)

Es importante señalar que en ciertos delitos no se admite la tentativa, tal es el caso de los delitos culposos, sobre el particular - Cuello Calón sostiene "en los delitos culposos no se concibe la tentativa, pues siendo la intención elemento integrante de ésta no es posible su existencia en aquellas infracciones cuya característica esencial es la ausencia de la voluntad intencional". (11)

- (9) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 433
- (10) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Teocalli, México 1985, p. 7
- (11) Cuello Calón, Eugenio. Op.cit. Vol. II, p. 623.

Pavón Vasconcelos afirma que en los delitos de omisión simple y en los delitos preterintencionales no se admite la tentativa, en éstos últimos por estar ausente el dolo en el resultado.

El penalista Jiménez Huerta, sostiene que la punición de la tentativa se fundamenta en que "en todo grupo social es una necesidad sentida la de extender la protección otorgada por las figuras típicas a determinados bienes jurídicos de aquellas conductas que en forma idónea o inequívoca representan un riesgo o peligro para los indicados bienes". (12)

El mismo artículo 12 párrafo tercero del Código Penal establece: - "para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temeridad del autor y el grado a que se hubiere llegado a la ejecución del delito". (13)

Asimismo el artículo 63 del mismo código, señala que en el caso de la tentativa se impondrán hasta las dos terceras partes de la sanción que se debiera de imponer de haberse consumado, a excepción de que haya una disposición en contrario, remitiéndose a los artículos 52 y 59 que hablan de las reglas generales de aplicación de sanciones, este último artículo esta derogado.

2. FORMAS DE TENTATIVA.

A. ACABADA.

El maestro Castellanos Tena define a la tentativa acabada o delito frustrado "cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados a ese fin pero - el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad". (14)

(12) Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción a Figuras Típicas, Edit. Porrúa, México 1980, p.357.

(13) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Teocalli, México 1985. p. 7

(14) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p.p.280-281

Comento que de acuerdo a la concepción tripartita de las formas de aparición del delito, que mencioné al principio de este capítulo, se hacía la diferenciación entre tentativa en estricto sentido y delito frustrado.

El penalista Cuello Calón expresa que "hay delito frustrado cuando el agente ejecuta todos los actos propios y característicos del delito, pero sin que el resultado responda a la intención de aquel por causas ajenas independientes de su voluntad". (15)

Para este autor se diferencia de la tentativa en sentido estricto en cuanto que en esta se realizan todos los actos pero sin llegar al último acto de ejecución.

Actualmente los Códigos Penales modernos sólo tipifican a la tentativa, el Código Español en materia penal aún la tipificada, así como al delito frustrado.

B. INACABADA.

Sobre el particular el maestro Jiménez Huerta afirma "que puede ser que se presente la no consumación del delito, sea debido, bien a que su autor desista voluntariamente de proseguir su ejecución, bien a que una vez que hubiere realizado todos los actos que fueren necesarios para la consumación del delito, se arrepienta activamente e impida la producción del resultado típico". (16)

Este autor denomina a esta forma de tentativa como desistida, la cual no es sancionada. EL Código Penal en su artículo 12, párrafo último establece: "Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena ó--

(15) Cuello Calón, Eugenio. Op.cit. Vol. II. p. 624

(16) Jiménez Huerta, Mariano. Tomo I, Op.cit.p. 391.

medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere, sin perjuicio de aplicar la que le corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por si mismos delitos". (17)

El penalista español Rodríguez Devesa habla de tentativa inidónea ó delito imposible, por tal se entiende "aquel en que la acción del sujeto dirigida a la realización de un tipo penal no se puede conducir, por razones fácticas ó jurídicas a la consumación". (18)

El maestro Castellanos Tena afirma que este delito no se ha realizado por la imposibilidad material, por inexistencia del objeto del delito y por la inidoneidad de los medios. Ejemplos: el pretender el homicidio sobre una persona ya muerta; el querer hacer abortar a una mujer que no está embarazada.

Se diferencia del delito putativo por que en éste la delictuosidad es imaginaria, en opinión del autor antes mencionado no es sancionable.

3. LA TENTATIVA EN EL TIPO DE LA FRACCION II DEL ARTICULO 90.

Como se ha expresado anteriormente, existe tentativa cuando se realizan actos materiales tendientes a la ejecución del delito y por causas ajenas a la voluntad del agente, éste no se consuma (acabada) ó porque omite algún acto (inacabada).

El delito que analizó admite la tentativa al existir un resultado material si éste se consumara; estaremos en presencia de la tentativa acabada cuando el sujeto activo, en este caso el servidor público bancario concede el préstamo a la persona que lo solicita, sabiendo que los datos que aporta son falsos y por tanto no garantiza el crédito pudiendo surgir el quebranto patrimonial, pero por -

(17) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México--1987, p. 16.

(18) Rodríguez Devesa, José María. Op.cit.p. 733.

causas ajenas a su voluntad éste no se presenta ya sea por haberse revocado la autorización o por recuperarlo por otros medios.

Refiriéndome a un caso concreto para ejemplificar la tentativa acabada; el Banco Nacional de México, S.N.C., autoriza a sus sucursales otorgar créditos hasta cierto límite, cuando éste es excedido se requiere la autorización del sector central de la Institución de Crédito. Normalmente el Gerente de la Sucursal es el que concede los préstamos, sin embargo los subgerentes en algunas ocasiones se encuentran facultados para otorgar créditos hasta cierta cantidad sin necesidad de autorización del Gerente, requiriéndose únicamente que se le notifique al término de las operaciones del día de estos movimientos.

Para efectos de la tentativa el criterio que se sigue en las Instituciones de Crédito, respecto de cuando existe quebranto patrimonial, se considera que lo hay cuando el sujeto de crédito cumplido su plazo de cartera, no cubre el préstamo, que es variable en el tiempo, puede suceder que el Gerente autorice cierta cantidad como préstamo y el sector central realizando auditorías normales ó verificando datos cuando se solicite autorización por exceder de los límites de la Sucursal, se percate que los datos son falsos, revocando la autorización y si ya se concedió el préstamo trate de recuperarlo antes de que se presente el quebranto patrimonial para la Institución de Crédito.

En el caso de la tentativa acabada. La sanción que puede ser im puesta es de hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera de imponer si éste fuera consumado, el artículo 52 del Código Penal vigente se refiere para efectos de sanción a la personalidad del secreto activo y remite al artículo 213 de la misma ley, que establece que los delitos cometidos por servidores públicos, si éstos son de confianza o funcionarios serán circunstancia para que dé lugar a agravar la pena.

El artículo 3o. de Ley Reglamentaria de la Fracción XIII Bis, del - apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que los gerentes y los que determinen el catálogo general de puestos son empleados de confianza.

CAPITULO VI

LA PARTICIPACION Y EL CONCURSO, EN LA FRACCION II DEL ARTICULO 90
DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE BANCA Y CREDITO

1. CONCEPTO DE PARTICIPACION
2. CLASES DE PARTICIPACION
3. LA PARTICIPACION EN EL TIPO DE LA FRACCION II
DEL ARTICULO 90.
4. CONCEPTO DE CONCURSO.
5. CLASES DE CONCURSOS
6. EL CONCURSO EN EL DELITO, DE LA FRACCION II
DEL ARTICULO 90.

1. CONCEPTO DE PARTICIPACION.

A veces el delito es realizado por uno o por varios sujetos, en el primer caso estamos en presencia de los llamados delitos unisubjetivos, en el segundo en presencia de los plurisubjetivos; cuando se da este último caso se está en presencia de la participación.

La participación nos dice el maestro Castellanos Tena "consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito". (1)

Por su parte el penalista Pavón Vasconcelos afirma que "para la existencia de la participación o concurso eventual de sujetos se requiere: a) la unidad en el delito, y b) pluralidad de personas"(2)

El autor antes señalado hace referencia al concurso eventual, ya que él habla de este y del concurso necesario. Habrá el primero cuando el tipo no exige la participación de varios sujetos en la comisión del delito, caso concreto el homicidio; existirá el segundo cuando el tipo para su concreción requiere de la participación de varios sujetos ejemplo: la asociación delictuosa.

Respecto a la naturaleza de la causalidad. Esta teoría considera responsables a todos aquellos que contribuyen a formar causa del resultado delictivo. "Pues la intervención de varias personas sea directa ó indirecta en la producción del delito, colocan su particular actuar en el rango de condiciones que en conjunto producen el resultado típico". (3)

(1) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p. 283

(2) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 450

(3) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 450

En opinión del maestro Pavón Vasconcelos, este criterio no es del todo aceptable, pues no todos los problemas se pueden resolver, y ya que la aportación de cada partícipe no está sujeta a una preordenada catalogación, pues el hecho varía.

b) Teoría de la autonomía. El delito producido por varios individuos pierde su unidad al considerar que los concurrentes a la producción del evento delictivo realizan comportamientos autónomos y surgen así distintos delitos, cada uno de ellos de propia vida.

c) Teoría de la accesoriidad. "Considera autor del delito sólo a quien realiza los actos (u omisiones descritas en el tipo legal), - la responsabilidad de los partícipes depende de los auxilios prestados al autor principal, respecto del cual se tiene como accesorias, las conductas dependientes según la suerte del principal". -- (4).

Esta teoría contraria a la de la autonomía, pues no concibe a la participación en forma autónoma, adquiere relevancia en cuanto que jerarquiza la participación de los sujetos en la comisión del delito, pero con una característica especial, el de querer, el idéntico resultado, además de punir los actos en la mayor o menor aportación objetiva en la realización del delito. Esta teoría tampoco es absoluta, pues no opera respecto a la complicidad, ya que si un sujeto utiliza a un inimputable para matar y éste lo hace, de acuerdo a la teoría de la accesoriidad, el sujeto que utiliza no es culpable.

Franco Guzman, formula una teoría ecléctica, que comprende la de la causalidad y la accesoriidad, principalmente basada "en la accesoriidad pero distinguiendo entre autores y partícipes: los autores son aquellos que observando objetivamente los actos realizados y examinados subjetivamente la intención asumida, deben considerarse causa con relación a resultado. Los partícipes serían -- quienes objetivamente y subjetivamente no pudieron ser causa en el resultado." (5).

(4) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p. 285

(5) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 454

Según el maestro Pavón Vasconcelos, en nuestro derecho positivo no se sigue estrictamente, la teoría de la causalidad y de la accesoriadad. Considera que la participación tiene su arranque en la -- causalidad, pues las conductas son punibles en cuanto tienen nexos con el resultado, eliminándose las no causales, excluyendo la responsabilidad de los autores; pero que no resulta suficiente para determinar las formas de aparición y grados de responsabilidad limitada para la conexión del partícipe con la conducta del autor. -- En virtud de que de tomarla en forma absoluta se presentarían casos como el del sujeto que utiliza al inimputable.

El Código Penal en su artículo 13 establece las personas responsables de delitos. "son responsables del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización.
- II. Los que realicen por sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
- VI. Los que intencionalmetne presten su ayuda y auxilien a otro-- para su comisión.
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delin -- ciente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y
- VIII. Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado". (6)

2. FORMAS O CLASES DE PARTICIPACION.

Como se ha visto, cuando varios sujetos cooperan a la producción -- de un resultado, no todos participan en el mismo grado, surgiendo así varias formas ó clases de participación.

(6) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Teocalli, México 1985, p.p. 7-8

Maggiore clasifica las formas de participación según el grado, la calidad, el tiempo y la eficacia.

a) Según el grado, ésta "puede ser principal ó accesoria: mientras la primera se refiere a la consumación del delito, la segunda atiende a su preparación". (7)

b) Según la calidad, ésta puede ser moral y física. "La primera es aquella en la cuál la acción tiene naturaleza psíquica ó moral y se afecta como dice Antolisei en la fase de ideación del delito mientras la segunda se realiza, por el contrario dentro de la fase ejecutiva". (8)

La participación moral engloba a la instigación y a la determinación. Existe la primera, afirma Soler cuando el agente "quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar ese hecho a través de la psique de otro, determinado en éste la resolución de ejecutarlo". (9)

"La determinación o provocación se da cuando el sujeto únicamente aprovecha la idea ya existente en otro realizando actos ó procurando consejos, con fuerza de convencimiento para reforzar la idea inicial y orillararlo a la ejecución del delito" (10)

Según cita Pavón Vasconcelos la instigación comprende:

El mandato cuando alguien encarga a otro la ejecución del delito en provecho y utilidad de quien lo encomienda.

La orden cuando se le impone al inferior por el superior con abuso de autoridad.

(7) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p.287

(8) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 458

(9) Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p. 287

(10) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.p. 287-288

Respecto al Consejo Maggiore dice que "es la instigación que se hace a alguno para inducirlo a cometer un delito para la exclusiva autoridad y provecho del instigador". (11)

Asociación cuando se realiza un pacto entre varias personas para cometer un delito que es de utilidad común o respectiva de todos los asociados.

Es necesario que en el ejecutor material, el instigador haga surgir la resolución de delinquir, es decir, de expresar su conducta y producir el resultado como autor plenamente responsable, si no hay responsabilidad no habrá instigación propiamente sino autoría mediata respecto del segundo.

Según Pavón Vasconcelos la plena responsabilidad del ejecutor material como base para construir el concepto de instigación, no es aceptada en nuestro derecho, pues el artículo 13 recoge la autoría mediata.

"En razón del tiempo, la participación es anterior, si el acuerdo es previo a la comisión del delito y en tal momento se precisa la intervención que en el lleva cada partícipe concomitante, si la temporalidad está referida al instante mismo de la ejecución del delito y posterior cuando se comprendan actos que se ejecutan después del evento, para previo acuerdo y,

Según eficacia, la participación es necesaria y no necesario, de acuerdo a la naturaleza del delito, ya sea que ésta exija o no, para su comisión el concurso de personas". (12)

Ahora me referiré a los autores, coautores y cómplices. Los autores se pueden dividir en varias clases. "Autor material e intelectual", el material es quien físicamente ejecuta los actos descritos en la ley; intelectual el que induce o compele a otros a cometer el delito". (13)

(11) Citado por Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 459 .

(12) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p. 287.

(13) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 463.

El artículo 13 fracciones I y II del Código Penal se refieren a -- ellos respectivamente.

Autor inmediato o mediato, Luzon Domingo afirma que el primero "es el delincuente en sentido estricto, no sólo es la persona imputable que ha concebido y resuelto la conducta delictiva, sino quien de manera material ha realizado la acción u omisión típico-objeto de sanción penal", por el segundo es, "el caso del sujeto que resuelve cometer algún delito y se vale de otra persona que, razón de inimputabilidad, ó sea no culpabilidad de su conducta (error in culpable, miedo, etc.), no es responsable del delito". (14)

El autor inmediato está comprendido en el artículo 13 fracción II del Código Penal. La autoría mediata se contempla en la fracción IV. Coautoría, en este caso se "encuentra en un previo concierto de voluntades para la ulterior realización de conducta delictiva, con intervención material de todos los concertados, seguido de la efectiva realización del hecho". (15) Fracción III del artículo 13.

Complicidad, ésta consiste "en el auxilio prestado a sabiendas, para la ejecución del delito, pudiendo consistir en un acto o en un consejo". (16)

La complicidad puede ser moral o material la primera "consiste en instruir o alentar al autor sobre la forma de realizar la ejecución del delito ó de facilitar su impunidad, mientras la segunda consiste en facilitar los medios materiales para ejecución del mismo". (17) Fracción VI del artículo 13.

Respecto a la comunicabilidad de las circunstancias, estas tienen un límite, que es el conocimiento que tiene cada partícipe del hecho.

(14) Luzon, Domingo. Op.cit.p.p. 177-178

(15) Luzon, Domingo. Op.cit.p.p. 178

(16) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 464

(17) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 464

fílicito, este conocimiento en opinión de Pavón Vasconcelos puede versar sobre la calidad del hecho o la situación del autor.

"Las circunstancias constitutivas del delito se concretan a aquellas exclusivas del fenómeno factico con total independencia de los subjetivos. En cuanto a los personales, son los que tienen influencia para determinar la apreciación del hecho, por requerirse a la ley alguna coacción especial". (18)

El Código Penal se ocupa de este aspecto en los artículos 53, 54 y 55.

El encubrimiento se ha considerado como figura autónoma, en virtud de que en la participación existe una intervención en la producción del delito en forma directa e indirecta.

El Código Penal contempla al encubrimiento como forma de participación en el artículo 13 fracción VII. Y el 400 como forma autónoma que establece:

"Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa al que:

I.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado e éste adquiriera, reciba ú oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia.

Si el que recibió la cosa en venta, prenda ó bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia fílicita de aquella, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quién la recibió tenfa derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta la mitad;

(18) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. cit. p. 469

II.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;

III.- Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impidan que se se averigüe.

IV. Requerido por las autoridades no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delinquentes ; y

V.- No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y -- sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos -- que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga la obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables". (19)

3. LA PARTICIPACION EN EL TIPO DE LA FRACCION II DEL ARTICULO 90.

La forma de participación que se presenta en este delito es la --- coautoría, pues existe un acuerdo de voluntades para la realiza--- ción de la onducta delictiva prevista, ya que el servidor público-- a que se refiere la fracción II del artículo 90, necesariamente-- requiere del concurso de la persona que solicita el préstamo que establece la fracción I del mismo artículo. La persona que presenta los datos falsos en este caso, puede ser física ó moral a -- través de sus representantes legales, si el servidor público se -- percata de esta falsedad y aún así autoriza el préstamo sehabrá de presumir que hubo un acuerdo de ambas partes; el tipo no señala -- que el servidor público obtenga necesariamente un lucro.

(19) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México 1987, p. 134.

Se puede considerar como autor material al servidor público bancario en virtud de que él ejecuta físicamente el acto descrito en la ley; en cuanto a la persona que solicita el préstamo se considera como autor intelectual, pues induce o compele al servidor público a cometer la conducta delictiva.

El encubrimiento se puede presentar el momento en que se realice una auditoría y se percaten los auditores de la falsedad de los datos y esto se oculte o el sub-gerente se dé cuenta de que se concedió el préstamo y no reporte tal anomalía.

4. CONCEPTO DE CONCURSO.

Cuando el individuo comete varias infracciones penales; se presenta lo que se ha denominado concurso, éste puede ser ideal, también --- llamado formal ó el real denominado a su vez material.

Sobre su ubicación en el derecho Penal, el maestro Pavón Vasconcelos expresa; "en un principio se aceptó como solución, tratar el concurso de delitos dentro de la teoría de la acción, modernamente se estima más adecuado ubicarlo en la teoría del tipo, en la pena o bien dentro de las formas de aparición del delito". (20)

Nuestro Código Penal sitúa al concurso dentro del título relativo a la responsabilidad penal.

Mezger lo analiza en la teoría del delito posición que comparte Jiménez de Asúa y Pavón Vasconcelos. Existen varias hipótesis con relación a la conducta y la lesión jurídica, que a continuación describiré:

(20) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 475.

- "a) Unidad de acción y unidad delictiva (delito instantáneo, delito complejo, delito permanente, etc.).
- b) Pluralidad de hechos, considerados jurídicamente como una sola acción, y unidad de delito.
- c) Unidad de acción y pluralidad de delitos (concurso ideal).
- d) Pluralidad de acciones y pluralidad de delitos (concurso -- real)". (21)

Respecto a la unidad de acción del delito, ya he hecho referencia a los delitos que se pueden encuadrar en esta hipótesis.

Por lo que se refiere a la pluralidad de hechos bajo una sola acción y unidad de delito, es decir el delito continuado, se han formulado los siguientes criterios:

"a) Criterio subjetivo enlaza, con el ámbito de la culpabilidad, el concepto del delito continuado y considera concretamente a la intención, al propósito o al designio como fundamentos de la unidad que los caracteriza;

b) Criterio objetivo trata de explicar la unidad de las diversas conductas en el interés o en la norma infringida para mencionar sino los caracteres destacados;

c) Tercera posición estima que solo es posible sostener la unidad del delito, a pesar de la pluralidad de conductas o acciones cuando se acepta como punto de partida la unidad de resolución, a la cuál vienen a sumarse los requisitos de estricta naturaleza objetiva tales como la unidad del bien jurídico o la identidad del tipo". (22)

Pavón Vasconcelos considera que la teoría del criterio subjetivo, no es del todo válida en razón de que no se puede considerar como

(21) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, Op.cit.p.p.527-528
(22) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p.p.477-478.

un solo delito, a conductas que por reunir caracteres de hecho punible, integran varios delitos.

De la tercera postura, afirma que no se prescinden de la directa referencia a la pluralidad de conductas, a la unidad de propósito y la lesión jurídica.

Cuello Calón opina que de acuerdo al criterio antes señalado; que existe delito continuado cuando el agente "con unidad de propósito y de derecho violado, ejecuta diversas acciones, cada una de las cuales aunque integre una figura delictiva, no constituye más que la ejecución de un sólo o único delito". (23)

Como elementos del delito continuado tenemos, según el criterio de Pavón Vasconcelos, los siguientes:

- a) Una pluralidad de conductas;
- b) Unidad de propósito;
- c) Identidad de lesión jurídica;
- d) Consumación.

El artículo 7 fracción III establece el delito continuado cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se vio la el mismo precepto legal". (24)

4. FORMAS O CLASES DE CONCURSO.

El maestro Castellanos Tena expresa que el concurso ideal ó formal se presenta cuando "por medio de una sola acción u omisión del agente se llevan a cabo dos o más tipos legales y por lo mismo se producen diversas lesiones jurídicas afectándose consecuentemente varios intereses tutelados". (25)

(23) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 478

(24) Código Penal para el Distrito Federal. Edit. Teocalli, México 1985, p. 6.

(25) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p. 296.

El penalista Jiménez de Asúa señala como requisitos del concurso-- ideal los siguientes:

- a) Unidad de hecho (acto);
- b) Violación de varias disposiciones legales;
- c) Unidad de resolución". (26)

El Código Penal vigente en su artículo 18 señala que "Existe con-- curso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios deli-- tos". (27)

Ejemplo: Portación de arma de prohibida, disparo de arma de fuego y lesiones.

Para sancionar el concurso ideal el artículo 64 del citado ordena-- miento establece que la pena que se aplicará, será la del delito - mayor, la cual se puede aumentar hasta una mitad más del máximo de duración, no excediendo lo que señala el Título segundo del libro-- primero.

El concurso Real ó Material se presenta cuando existe una plurali-- dad de acciones y de delitos.

Jiménez de Asúa afirma al respecto que "la pluralidad de actos in-- dependientes que da, por ende, una pluralidad de delitos, constitu-- ye lo que se denomina concurso real". (28)

Por su parte Pavón Vasconcelos, dice que existe este "cuando una - misma persona realiza dos ó más conductas independientes que impor-- tan cada una la integración de un delito, cualquiera que sea la na-- turaleza de éste, si no ha caído sentencia irrevocable respecto de ninguno de ellos y la acción para perseguirlos no esta prescrita". (29)

(26) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito.Op.cit.p. 533

(27) Código Penal para el Distrito Federal. Edit. Teocalli, México 1985, p.10

(28) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito.Op.cit.p. 534

(29) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op.cit.p. 485.

De esta definición se desprende que los delitos que se realicen -- pueden ser de diversa índole.

El artículo 18 del Código Penal vigente establece que "Existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos". (30)

El artículo 19 establece que no habrá concurso cuando exista delito continuado.

Para la represión del concurso real ó material se señalan tres sistemas; la acumulación material, la absorción y la acumulación jurídica.

"En la acumulación material se suman las penas correspondientes a cada delito. En el de la absorción, solo se impone la pena del delito mas grave, pues se dice que éste absorbe a los demás. En la acumulación jurídica se toma como base la pena del delito de mayor importancia pudiéndose aumentar en relación con los demás delitos y de conformidad con la personalidad del culpable". (31)

El artículo 64 párrafo II señala que "En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los diversos delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el Título Segundo del Libro Primero". (32)

En opinión de Castellanos Tena, el Código Penal acoge los tres sistemas antes señalados.

(30) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Teocalli, México 1985, p.10

(31) Castellanos Tena, Fernando. Op.cit.p.p. 297-298.

(32) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Teocalli, México 1985, p. p. 20-21

Por lo que se refiere a la reincidencia, Jiménez de Asúa expresa - que se presentará cuando "el individuo delinque varias veces sucesivas, recae en la comisión del delito; entonces se dice que hay o concurso real y reiteración ó reincidencia". (33)

Es importante destacar que existe una diferencia fundamental entre estas dos figuras; en el concurso real no existe sentencia.

El artículo 20 del Código Penal vigente establece que; "Hay reincidencia, siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada - por cualquier Tribuna de la República ó del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la - condena o desde el indulto de la misma, un término legal al de - la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la -- ley". (34)

La reincidencia según el criterio del maestro Castellanos Tena, puede ser genérica ó específica; la primera cuando el sujeto comete - un nuevo delito de naturaleza diversa al anterior; la segunda si - el delito es de especie semejante.

Esta segunda clase de reincidencia, de origen a la habitualidad, el artículo 21 del Código Penal la norma. "Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infraccioens se hayan cometido en un período que no exceda de diez años". (35)

Elementos:

- a) Un nuevo delito;
- b) del mismo género;
- c) que sean tres infracciones;
- d) en un período no mayor de diez años.

(33) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Op.cit.p.534.

(34) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Teocalli, México 1985, p. 10

(35) Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Teocalli, México 1985, p. 10

6. EL CONCURSO EN EL DELITO DE LA FRACCION II DEL ARTICULO 90.

Esta figura delictiva admite las dos formas de concurso, tanto el ideal ó formal como el real ó material. Se presentará el primero cuando configurándose este delito, exista además el cohecho; lo que originará una acumulación de sanciones.

En el caso del concurso real o material este tipo admite cualquier otro delito sino se ha dictado sentencia ejecutoria respecto a algún delito.

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

PRIMERA.- Este tipo de figuras delictivas, mal llamadas delitos especiales, deben de estar contenidos en el Código Sustantivo Penal y no en diversas legislaciones, pues se ocasiona incertidumbre y desconocimiento sobre los mismos.

SEGUNDA.- De acuerdo a los elementos positivos, que establece la dogmática penal; concluyo que es un delito de acción entendida como hecho; la tipicidad se presenta cuando la conducta del servidor público bancario se adecua al tipo; es antijurídica, al conocerse la falsedad de los datos; la imputabilidad es un presupuesto indispensable; así mismo es eminentemente dolosa; la penalidad es sumamente alta en comparación con otros delitos.

TERCERA.- El aspecto negativo que admite esta figura típica, es la atipicidad, en los siguientes supuestos; que los sujetos no tengan la calidad exigida o no se conozca la falsedad de los datos que se aportan.

CUARTA.- Este delito admite la tentativa, en sus dos formas acabada e inacabada, por ser un tipo que exige resultado material.

QUINTA.- La participación se presenta en grado de coautoría, admitiendo el encubrimiento.

SEXTA.- Es una figura delictiva, que admite las dos clases de concurso, tanto el ideal o formal, así como el real o material.

SEPTIMA.- Este tema de la parte especial del derecho Penal, debe de tener una mayor difusión e impartirse en forma obligatoria, pues actualmente se imparte en la preespecialización, de acuerdo con el Programa de Derecho - que se lleva a cabo en esta Institución Educativa.

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

- ACOSTA ROMERO, MIGUEL; Derecho Bancario, Edit. Porrúa, Segunda Edición México 1983.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL; Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, Tercera Edición, México 1977.
- CASTELLANOS TENA, FERNANDO; Líneamientos Elementales de Derecho Penal, - Edit. Porrúa, Décimo Sexta Edición, México 1981.
- CUELLO CALON EUGENIO; Derecho Penal (Parte General), Volúmen I, Edit. - Bosch, Décimo Séptima Edición, Barcelona, España 1975.
- CUELLO CALON, EUGENIO; Derecho Penal (Parte General), Volúmen II, Edit. - Bosch, Décimo Séptima Edición, Barcelona, España 1975.
- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO; Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, Dé cimo sexta Edicion, México 1980.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS; La Ley y el Delito, Edit. Sudamericana, Tercera Edición, Buenos Aires, Argentina 1979.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS; Tratado de Derecho Penal, Filosofia y Ley Pe - nal, Tomo II, Edit. Lozada, Cuarta Edición, Buenos Aires, Argentina --- 1964.
- JIMENEZ DE ASUA, LUIS; Tratado de Derecho Penal. El Delito, Tomo III, - Edit. Lozada, Cuarta Edición, Buenos Aires, Argentina 1964.
- JIMENEZ HUERTA, MARIANO; Derecho Penal Mexicano, Introducción Figuras - Típicas, Edit. Porrúa, Cuarta Edición, México 1981.
- LUNZON DOMINGO, MANUEL; Derecho Penal del Tribunal Superior, Tomo I, -- Edit. Hispanoeuropea, S/E, Barcelona, España 1969.
- MAGGIORE, GUISEPPE; Derecho Penal, Volúmen I, Edit. Themis, Quinta Edición, Bogotá, Colombia 1971.
- MAGGIORE, GUISEPPE; Derecho Penal, Volúmen II, Edit. Themis, Quinta Edición, Bogota, Colombia 1971.
- NUNEZ, RICARDO; Manual de Derecho Penal, Edit. Lerner, S/E, Cordova, -- Buenos Aires, Argentina 1977.
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO; Manual de Derecho Penal Mexicano, Edit. - Porrúa, Cuarta Edición, México 1984.
- PORTE PETTIT, CELESTINO; Apuntamientos de la parte General de Derecho Penal, Edit. Porrúa, Novena Edición, México 1984
- PUIG PEÑA, FEDERICO; Derecho Penal. (Parte General), Revista de Derecho Privado, S/E, Madrid, España 1969.

REYES E., ALFONSO; La Tipicidad, Edit. Artes Gráficas, Tercera Edición, Bogota, Colombia 1976.

RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA; Derecho Penal Español, Edit. Gráficas - Caraso, Séptima Edición, Madrid, España 1973.

SOLER, SEBASTIAN; Derecho Penal Argentino, Tomo I, Edit. Tipográfica, Sexta Reimpresión, Buenos Aires, Argentina 1973.

SOLER, SEBASTIAN; Derecho Penal Argentino, Tomo II, Edit. Tipográfica Sexta Reimpresión, Buenos Aires, Argentina 1973.

VELA TREVIÑO, SERGIO; Teoría del Delito Culpabilidad e Inculpabilidad, Edit. Trillas, Primera Reimpresión, México 1979.

VILLALOBOS, IGNACIO; Derecho Penal Mexicano, (Parte General), Edit.- Porrúa, Tercera Edición México 1975.

FUENTES

Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Teocalli, S/E, México - 1985.

Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, Cuadragésima Tercera Edición, México 1988

Diccionario Pequeño Laurosse, Edit. Laurosse, S/E, Barcelona, España-1974.

Legislación Bancaria, edit. Porrúa, Trigésima Segunda Edición, México 1987.

México, Leyes, Decretos, Etc., Legislación Bancaria 1830-1982, Tomo I al V, Edit. S.H.C.P. México 1980.