

NOTAS ACERCA DE LOS DELITOS BANCARIOS

JESÚS ZAMORA PIERCE
PREMIO NACIONAL DE JURISPRUDENCIA (2011)

I

DELITOS ESPECIALES.

La Ley de Instituciones de Crédito (LIC) consagra un capítulo a enumerar conductas que tipifica como delitos. Sucesivas reformas, en 1999 y en 2006, han incrementado a más de veinte el número de los tipos.

El análisis del texto de la LIC nos permite afirmar que algunas de las conductas descritas (no todas), a más de constituir delito bancario, tienen todos los elementos necesarios para tipificar algún otro delito contenido en el Código Penal Federal. Así, por ejemplo, la conducta de quien, con el propósito de obtener un crédito, proporcione a una institución de crédito datos falsos sobre el monto de activos o pasivos de una entidad o persona física o moral, si como consecuencia de ello resulta quebranto o perjuicio patrimonial para la institución, tipifica el delito contenido en el artículo 112, fracción I, de la LIC, pero, simultáneamente, reúne los elementos necesarios para tipificar el delito de fraude, tal y como aparece descrito por el artículo 386 del Código Penal Federal. En efecto, en los términos de dicho artículo: “Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido”. De donde resulta que el tipo del fraude tiene tres elementos: a) un engaño, b) un lucro y c) una relación causal entre ambos. Idénticos elementos encontramos en el tipo del artículo 112, I, LIC, pues el cliente engaña a la institución de crédito mediante los datos

falsos que le proporciona sobre el monto de activos o pasivos de una entidad o persona física o moral y el quebranto o perjuicio patrimonial que sufre la institución es el mismo lucro mencionado por el Código Penal Federal, ambos son como las dos caras de una misma moneda, el mismo elemento, contemplado en cuanto a los efectos que produce en el patrimonio del delincuente (lucro) y en el de la víctima (quebranto o perjuicio).

La única diferencia entre el tipo de la LIC y el fraude se encuentra en los sujetos, pues, en tanto que el fraude es un delito de sujetos comunes o indiferentes, lo que quiere decir que cualquier persona puede ser sujeto activo o pasivo del fraude, que no es necesaria ninguna característica especial para ser sujeto de este delito, el tipo del 112, I, LIC exige que el sujeto activo sea solicitante de crédito bancario y que el sujeto pasivo sea una institución de crédito. Por otra parte, ambos tipos protegen el mismo bien jurídico, a saber, el patrimonio del sujeto pasivo.

La LIC nos da otros ejemplos de conductas que son subsumibles en más de un tipo penal. Mencionemos el caso de los consejeros, funcionarios o empleados de una institución de crédito que otorguen créditos a personas físicas o morales cuyo estado de insolvencia les sea conocido, produciendo quebranto o perjuicio patrimonial a la institución. Esta conducta, descrita por el artículo 112, III, c), LIC, tipifica también el delito de administración fraudulenta, por cuanto el activo, teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudica al titular de éstos, pues a sabiendas realiza operaciones perjudiciales al patrimonio del titular, en beneficio propio o de un tercero. Citemos, por último, la pluritipicidad que podría existir en el caso de que alguien posea, utilice o distribuya tarjetas de crédito, de débito, formatos o esqueletos de cheques, o en general instrumentos de pago utilizados por el sistema bancario, a sabiendas de que son falsos, conducta que cabría tipificar en el artículo 112 bis, II, LIC y en el delito de falsificación.

En los ejemplos citados, y en otros que resultan del texto de la LIC, estamos ante un concurso aparente de tipos que deberemos resolver aplicando el principio lógico de la especialidad.

Dos tipos penales se hallan en relación de general y especial, dice JIMÉNEZ HUERTA¹, cuando los requisitos del tipo general están todos contenidos en el especial, en el que se recogen, además, otros elementos, en virtud de los cuales el tipo especial adquiere lógica y preferente aplicación. Los tipos penales que entran en aparente conflicto pueden formar parte de la misma ley o de leyes distintas y pueden haber sido creados al mismo tiempo o en época diversa. El tipo especial, empero, debido precisamente a sus elementos especializantes, tiene un radio de aplicación mucho más exiguo: capta un número más reducido de antijurídicas conductas. En el tipo especial se tutela en esencia el mismo bien jurídico que en el general; de no ser así, no habría ninguna relación lógica entre ellos y la aplicación de uno y otro sería plenamente compatible. En el tipo especial se contienen, además, los elementos especializantes que, en el caso de los delitos bancarios, son los sujetos activo y pasivo. Dado que el delito bancario es especial, debe aplicarse, excluyendo cualquier otro delito general. Pero, en ausencia de los sujetos especiales, la conducta podrá aún ser sancionada conforme a los delitos generales.

Nuestro Código Penal Federal reconoce expresamente el principio de especialidad en su artículo 6°. El cual dispone: “Cuando se cometa un delito no previsto en este código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general”.

De todo lo expuesto resulta que algunos de los delitos tipificados por la LIC tienen la naturaleza de delitos especiales que deben recibir preferente y excluyente aplicación. Ahora bien, un banco puede ser víctima, a manos de sus clientes, o de sus consejeros, funcionarios, empleados de la institución de crédito o de terceros, de diversos delitos, y no únicamente de aquellos que tipifica la LIC. Así, por ejemplo: puede ser sujeto pasivo de alguno de los fraudes específicos que enumera el artículo 387 del Código Penal Federal. Citemos,

¹ Mariano JIMÉNEZ HUERTA, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1985, págs. 319 y 320.

a manera de ejemplo, el fraude por doble venta (fracción VII), el fraude por simulación de contratos, actos o escritos judiciales (fracción X), el fraude por venta de negociación sin autorización de los acreedores (fracción XIV) el fraude por cheque sin fondos (fracción XXI), etc. A más de ello, un banco puede ser víctima de todas las protéticas e innumerables conductas que caben en la genérica definición del artículo 386 del Código Penal Federal, conforme al cual comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido. Pero, en todos esos casos, el hecho de que el sujeto pasivo sea un banco no tiene consecuencia alguna, ni en el tipo, ni en la pena, ni en el procedimiento, todo ocurre en la misma forma en que lo haría si el sujeto pasivo no fuese un banco.

Así opinan nuestros tribunales en las ejecutorias que transcribimos a continuación:

“No. Registro: 201678

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IV, Agosto de 1996

Tesis: XIV.2o.10 P

Página: 655

DELITOS COMETIDOS POR EMPLEADOS BANCARIOS, APLICABILIDAD DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y NO DEL CODIGO PENAL COMUN. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CAMPECHE).

Tratándose de conductas indebidas atribuidas a sujetos activos que se desempeñan como empleados bancarios, en primer lugar debe analizarse si encuadran en las previstas por el título quinto, capítulo tercero, de la Ley de Instituciones de Crédito, donde se tipifican y sancionan las conductas ilícitas que despliegan los empleados bancarios en el desempeño de sus funciones y, de actualizarse tal hipótesis, deberán aplicarse las disposiciones contenidas en dicha Ley y no en el Código Penal del Estado de Campeche, considerando que este ordenamiento en su artículo 4o., dispone que: “Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial, se aplicará ésta...” y atendiendo además a

las reglas de los “conflictos o concurrencia aparente de normas”, específicamente al llamado principio de especialidad.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 182/96. Jesús Antonio Aké Maldonado. 6 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Raquel Aldama Vega. Secretario: Agustín López Díaz.

“No. Registro: 188833

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Septiembre de 2001

Tesis: VI.1o.P.128 P

Página: 1317

EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO, DELITOS COMETIDOS POR, EN EL DESEMPEÑO DE SUS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON LAS FUNCIONES PROPIAS DE ESAS INSTITUCIONES. DEBEN SANCIONARSE CONFORME A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y NO POR LA LEGISLACIÓN COMÚN.

Si el sujeto activo del delito es empleado o funcionario de un banco, y con motivo de su empleo comete un delito relacionado con las actividades propias de las instituciones de crédito, la ley aplicable resulta ser la Ley de Instituciones de Crédito y no el Código Penal local, ya que de acuerdo con el principio de especialidad, la ley especial excluye a la ley general, en términos de lo dispuesto por el artículo 5o. del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, que literalmente establece: “Cuando se cometa un delito no previsto en este código, pero sí en una ley especial, se aplicará ésta, observándose en lo conducente las disposiciones de aquél.”

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 180/2001. 10 de mayo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Remes Ojeda. Secretario: Fernando Córdova del Valle.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, agosto de 1996, páginas 655 y 656, tesis XIV.2o.10 P y XIV.2o.9 P, de rubros:

“DELITOS COMETIDOS POR EMPLEADOS BANCARIOS, APLICABILIDAD DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y NO DEL CÓDIGO PENAL COMÚN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CAMPECHE).” y “DELITOS COMETIDOS POR EMPLEADOS BANCARIOS, APLICABILIDAD DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y NO DEL CÓDIGO PENAL COMÚN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUINTANA ROO).”.

“No. Registro: 909201

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Apéndice 2000

Tomo II, Penal, P.R. TCC

Tesis: 4260

Página: 2087

Genealogía: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, agosto de 1996, página 656, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis XIV.2o.9 P.

DELITOS COMETIDOS POR EMPLEADOS BANCARIOS, APLICABILIDAD DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y NO DEL CÓDIGO PENAL COMÚN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUINTANA ROO).-

Tratándose de conductas indebidas atribuidas a sujetos activos que se desempeñen como empleados bancarios, en primer lugar debe analizarse si encuadran en las previstas por el título quinto, capítulo tercero, de la Ley de Instituciones de Crédito, donde se tipifican y sancionan las conductas ilícitas que despliegan los empleados bancarios en el desempeño de sus funciones y, de actualizarse tal hipótesis, deberán aplicarse las disposiciones contenidas en dicha ley y no en el Código Penal del Estado de Quintana Roo, considerando que este ordenamiento, en su artículo 10 dispone que: “Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general, la de mayor alcance absorberá a la de menor amplitud y la principal excluirá a la subsidiaria.” y atendiendo además a las reglas de los “conflictos o concurrencia aparente de normas”, específicamente al llamado principio de especialidad.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 410/95.-María Guadalupe Ramayo Canul.-30 de junio de 1995.-Unanimidad de votos.-Ponente: Fernando A. Yates Valdez.-Secretario: Luis Manuel Vera Sosa.

Amparo en revisión 96/95.-Juan Daniel Fernández Juárez.-6 de abril de 1995.-Unanimidad de votos.-Ponente: Pablo V. Monroy Gómez.-Secretaria: Maricela Bustos Jiménez.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, agosto de 1996, página 656, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis XIV.2o.9 P.”

“No. Registro: 208412

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XV-II, Febrero de 1995

Tesis: V.1o.48 P

Página: 332

EMPLEADO BANCARIO. LOS HECHOS ILICITOS REALIZADOS EN EL DESEMPEÑO DE SUS FUNCIONES DEBEN SANCIONARSE CONFORME A LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO.

Si el inculcado es empleado bancario y los actos ilícitos consistieron en haber recibido de parte de un cliente de la institución bancaria en que laboraba, un cierto numerario que esta persona le hizo llegar con la intención de que se hiciera una inversión bancaria en su favor y que contrariamente al deseo del cliente, y haciéndole creer que la operación se había realizado, entregó a éste ciertos documentos membretados del banco y por su parte, sin realizar la operación bancaria, dispuso del numerario aplicándolo a fines diversos, es evidente, que aun cuando la ley penal prevea un tipo delictivo que se le pueda equiparar, no es el caso de aplicarlo en el asunto, en razón a que la Ley General de Instituciones de Crédito, que es la ley especial que rige el comportamiento de la pasivo (banco), en su artículo 113, primero y segundo párrafos, prevé y sanciona la conducta de los empleados bancarios, cuando como en el caso, “...dolosamente omitan registrar en los términos del artículo 99 de esta ley, las operaciones efectuadas por la institución de que se

trate, o que mediante maniobras alteren los registros para ocultar la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas, afectando la composición de activos, pasivos, cuentas contingentes o resultados, y...” , por lo que, si la aplicación de la ley especial excluye la general, entonces, como la conducta antijurídica que se atribuye al quejoso, en cuanto empleado bancario, puede encuadrar en la que prevé el numeral 113 de la Ley General de Instituciones de Crédito, es evidente que el tipo penal por el que se le debió enjuiciar, es el previsto en tal codificación y no en el diverso de fraude por el cual se libró en su contra la orden de aprehensión que se reclama. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 323/94. Ramón Angel Villeda Murrieta. 8 de diciembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Faustino Cervantes León. Secretario: Luis Humberto Morales.

“No. Registro: 251684

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

Séptima Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 127-132 Sexta Parte

Tesis:

Página: 69

Genealogía: Informe 1979, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 7, página 20.

FRAUDE Y DELITO PREVISTO EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO, CONCURSO ENTRE. APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD DE LA LEY.

Para resolver la cuestión relativa al concurso de leyes, es importante tener en cuenta dos requisitos: primero, que la conducta realizada por la acusada encuadre en el tipo legal descrito en la ley especial; segundo, que tanto la ley especial, cuanto la ley general es sus respectivas disposiciones legales, contengan los mismos elementos del tipo, pues tales requisitos se desprenden de la doctrina sobre el principio de la especialidad, que parte del supuesto de que una misma acción caiga bajo la esfera de los preceptos penales y que estos preceptos se excluyan entre sí; entendiéndose que existe concurso de leyes cuando el precepto de la ley especial recoja todas las características fundamentales del tipo general, y además, alguna otra, específica,

que al ser especializadora determina la aplicabilidad de la ley especial. Sólo cuando se dan esas hipótesis, puede plantearse el concurso de leyes que debe resolverse mediante la aplicación del principio de la especialidad de la ley. En el caso, la ley general cuya aplicación se estima incorrecta, el Código Penal, en su artículo 386, define el tipo siguiente: “Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido”. La ley especial, cuya aplicación pretende la quejosa, en su artículo 153 bis I, precisa: “Serán sancionados con las penas que señala el artículo que antecede, los funcionarios y los empleados de las instituciones de crédito u organizaciones auxiliares... II.- Que falsifiquen, alteren, simulen, o, a sabiendas, realicen operaciones que resulten en quebrantos al patrimonio de la institución u organización en la que presten sus servicios”. Atento a lo anterior, resulta que el primer requisito que permite la aplicación del principio de la especialidad, no se dio, pues del contenido del texto del artículo 153 bis antes transcrito, es de advertirse que no basta para la aplicación de esta ley especial la calidad del sujeto del delito de ser funcionario o empleado de las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares, sino que deben acreditarse los elementos constitutivos del delito descrito. En el caso, destaca con singular relevancia, el elemento siguiente: “realicen operaciones”. De acuerdo con la naturaleza de esta ley especial, a la calidad del sujeto activo, y al vocablo empleado por el precepto legal antes citado, es indispensable que la falsificación, alteración y simulación a que alude, sean actos que se cometan por los funcionarios o empleados de la instituciones que menciona, en el ejercicio y en íntima relación con la naturaleza de sus funciones o empleos, pero no regula actos ajenos a ellos, como los que motivaron la condena de la acusada, en el que no los realizó ni intervino al efectuar operación alguna de crédito o que se le hubiese encomendado en relación a su cargo, de donde resulta que en la especie, la conducta de la sentenciada, no se encuentra regida por tal ley especial. Tampoco se dio la segunda hipótesis en que se fundamente la aplicación del principio de la especialidad, porque en el caso concreto el precepto de la ley especial que invoca la quejosa, la general de instituciones de crédito y organizaciones auxiliares, no abarca en su definición todos los elementos del tipo de fraude previsto en la ley general, el Código Penal, ni el de falsificación, por los que se siguió el proceso y condenó a la enjuiciada, ya que tal precepto de la ley especial no regula de manera particular el delito de fraude pues no se encuentran en él íntegramente las características típicas del tipo general, como son el empleo del engaño o aprovechamiento

de error para hacerse ilícitamente de una cosa o alcanzar un lucro indebido, tal y como requiere el artículo 386 del Código Penal, siendo pertinente agregar que, si bien es cierto que los funcionarios y los empleados de instituciones de crédito u organizaciones auxiliares, se encuentran regidos por una ley especial, que lo es la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, sin embargo, la aplicación de este ordenamiento jurídico sólo lo es en la estricta medida que se den las hipótesis a que él mismo se refiere, pero en lo no comprendido por ella, los funcionarios y empleados de las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares, no están sustraídos a la esfera del derecho penal general.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 296/79. Margarita Alvarez Icaza. 31 de octubre de 1979. Unanimidad de votos. Ponente: Aulo Gelio Lara Erosa. Secretaria: Elvia Díaz de León de López.

Nota: En el Informe de 1979, la tesis aparece bajo el rubro “LEY, APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD DE LA. CODIGO PENAL, FRAUDE Y DELITO PREVISTO EN LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO Y ORGANIZACIONES AUXILIARES. CONCURSO ENTRE.”.

II

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

El artículo 16 de la Constitución, en su segundo párrafo, dispone que no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito. Luego entonces, nuestra Constitución autoriza, como únicos medios lícitos de provocar la actividad investigadora del Ministerio Público, la denuncia y la querrela.

La denuncia es la noticia que da cualquier persona a la autoridad competente sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible de oficio. Esa *notitia criminis* puede provenir tanto de la víctima del delito

como de un tercero, de un particular o de un empleado o funcionario público, de un procesado, de un reo, de un nacional o de un extranjero, de un mayor o de un menor de edad, e incluso del propio autor del delito (autodenuncia).

La querrela es la noticia que dan las personas limitativamente facultadas a la autoridad competente, sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de un delito perseguible a petición de parte, expresando su voluntad de que se persiga penalmente.

A diferencia de los delitos perseguibles de oficio, que pueden ser denunciados por cualquiera, sólo ciertas personas pueden actuar en un procedimiento a título de querellantes. En el proceso federal, la querrela debe presentarla el ofendido por el delito.

La querrela tiene dos elementos, un primero que tiene en común con la denuncia, y que consiste en el aviso, comunicación o noticia dado a la autoridad competente, sobre determinado hecho posiblemente constitutivo de delito, y un segundo que le es propio y reside en la manifestación de la voluntad del ofendido por el delito de que se persiga penalmente al delincuente. Si, durante el transcurso de los procedimientos penales, cambia la voluntad del ofendido, puede otorgar el perdón, lo cual extingue la acción penal.

La denuncia y la querrela son requisitos de procedibilidad, sin los cuales el Ministerio Público no puede consignar, so pena de incurrir en responsabilidad penal. El artículo 225, fracción IX, del Código Penal Federal dispone que son delitos contra la administración de justicia cometidos por los servidores públicos ejercitar la acción penal cuando no preceda denuncia o querrela.

El artículo 115 de la LIC dispone que en los casos previstos en los artículos 111 al 114 de la Ley, es decir, en los casos de todos los delitos bancarios, se procederá a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien escuchará la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; también se procederá a petición de la institución de crédito de que se trate, o de quien tenga interés jurídico. Este último es el cliente bancario que puede resultar perjudicado en casos como el tipificado en el artículo 113 bis, LIC. Esas tres peticiones son otros tantos alternativos requisitos de procedibilidad de naturaleza mixta entre la denuncia y la querrela. La relaciona con la querrela el hecho de que tanto la institución de crédito como quien

tiene interés jurídico son ofendidos por el delito, pero marca una categórica distinción el hecho de que estamos ante delitos que se persiguen de oficio y que no admiten el perdón del ofendido. Estamos, en resumen, ante delitos que se persiguen por denuncia, pero la ley limita a tres el número de únicos posibles, alternativos, denunciadores.

La inclusión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se explica y justifica porque los consejeros, funcionarios y empleados de la institución de crédito, a quienes, como representantes de ésta, les correspondería presentar la denuncia, son, en algunos casos, los posibles autores del delito y, en consecuencia, pueden tener un conflicto de intereses. Ese conflicto debe resolverse mediante la intervención de la Secretaría, por cuanto a ella le corresponde la vigilancia y reglamentación de las instituciones de crédito.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público deberá escuchar la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, pero no está obligada a atender su criterio. Afirma GARCÍA RAMÍREZ² que el hecho de que la Secretaría deba escuchar la opinión de la Comisión no significa, en modo alguno, que dicha opinión vincule su determinación. La Secretaría mantiene su capacidad de valoración autónoma. La opinión es un parecer técnico, un dictamen, no es un acto de resolución jurídica que preordene el ejercicio de la facultad de querellarse o abstenerse de hacerlo. Si fuera de otro modo, saldría sobrando la autoridad receptora de la opinión; la querrela se podría encomendar, directamente, a la opinante. En suma, la Secretaría sólo está obligada a recabar la opinión que la ley exige, no a someterse al dictamen. Así lo resolvieron nuestros tribunales en la ejecutoria que transcribo a continuación:

“No. Registro: 214337

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

² Sergio GARCÍA RAMÍREZ, Curso de Derecho Procesal Penal, Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A. 1989, pág. 457.

Tomo: XII, Noviembre de 1993

Tesis:

Página: 318

COMISION NACIONAL BANCARIA: SU OPINION NO CONSTITUYE REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN LA COMISION DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTICULO 103 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.

Los elementos que integran el delito previsto en el artículo 103 de la Ley de Instituciones de Crédito son: a).- Que se capten recursos del público en el mercado nacional; b).- Que la captación se realice mediante actos causantes de pasivo directo o contingente; y c).- Que el o los sujetos activos se obliguen a cubrir el principal captado y en su caso los accesorios financieros; de lo que se desprende, que la opinión que emite la Comisión Nacional Bancaria a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a la cual se hace referencia en el párrafo primero del artículo 115 de la mencionada ley, únicamente sirve para proporcionar elementos orientadores del criterio a seguir por parte de la citada Secretaría, pero no debe entenderse como elemento configurativo del tipo penal en cuestión, ni como requisito de procedibilidad previo al ejercicio de la acción penal.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 565/92. Eduardo Majul García. 17 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretario: Víctor Manuel Estrada Jungo.”

III

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. EL CONCEPTO DE QUEBRANTO

Los delitos tipificados por la LIC son tantos, y tan diversos en su estructura, que difícilmente podemos hacer afirmaciones generales que les sean aplicables

a todos sin excepción. Pero, por otra parte, si los analizamos uno por uno nos veremos obligados a ser reiterativos en el repetido señalamiento de características que les son comunes.

Digamos entonces que, en general, los delitos bancarios tienen al patrimonio como bien jurídico protegido. Cuando hagamos el comentario individual de los tipos señalaremos aquellos que protegen otros bienes jurídicos (LIC, arts. 113, bis. 4 y 114). Algunos de los tipos son de daño, en tanto que otros son de mero peligro, pero todos ellos protegen el patrimonio como conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de una valorización pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho³.

El patrimonio lesionado es, normalmente, el de una institución bancaria, pero, excepcionalmente, se trata del patrimonio del cliente del banco.

La importancia de identificar el bien jurídico protegido resulta, entre otras cosas, de que el delito se consuma cuando, encontrándose reunidos todos sus elementos, se lesiona o se pone en peligro el bien jurídico protegido, y los plazos para la prescripción se cuentan a partir de la consumación (Código Penal para el Distrito Federal, art. 108).

En estos dos temas: la consumación y la prescripción, los delitos bancarios presentan características únicas y sorprendentes. Para entenderlas cabalmente necesitamos un punto de comparación y, por ello, principiaremos por examinar el tema de la consumación en el campo de los delitos patrimoniales que tipifica el Código Penal para el Distrito Federal.

Los tipos de los delitos patrimoniales se refieren al resultado del delito, en ocasiones, mencionando las consecuencias que tiene en el patrimonio del ofendido, en otros casos toman como punto de consumación los efectos en el patrimonio del activo, y, por último, algún tipo menciona ambos patrimonios, el del activo y el del pasivo. Así, comete abuso de confianza quien, *con perjuicio* de alguien, dispone para sí o para otro de una cosa mueble ajena, de la cual se le haya transmitido la tenencia pero no el dominio. El defraudador, por medio del engaño, *obtiene un lucro*. Y, por último, en la administración

³ Respecto al concepto de patrimonio en Derecho Penal, ver Jesús ZAMORA PIERCE, El Fraude, Editorial Porrúa, págs. 156 a 159.

fraudulenta, el activo efectúa operaciones *perjudiciales* al patrimonio del titular, *en beneficio* propio o de un tercero.

Siendo estos delitos de desplazamiento patrimonial, parecería inútil discutir si la consumación se produce cuando la víctima sufre el perjuicio patrimonial o cuando el activo se enriquece, pues ambos momentos, normalmente, son simultáneos, y ocurren coincidentemente al pasar las cosas o los derechos de uno a otro patrimonio. Una vez que el activo lesiona el patrimonio del ofendido, el delito está consumado. En nada obsta a la consumación el hecho de que la víctima recupere su bien o sea indemnizada por su pérdida patrimonial, ello tendrá consecuencias, exclusivamente, para los efectos de la reparación del daño.

Especial interés tiene el mencionar aquí el problema de la consumación del fraude contractual. CARRARA⁴, RANIERI⁵, ROCCO, PETTENATI, SPIZUOCO, CORTESE y OLIVA GARCÍA⁶ sostienen la tesis que estimamos correcta, a saber, que el fraude se consuma en el instante mismo en que se celebra el contrato, pues la disposición de un derecho o la asunción de una obligación resultan suficientes para lesionar el bien jurídico tutelado y para producir el ilícito lucro del activo. Existe ya el perjuicio en el momento de la perfección del contrato en que se contrae la obligación de dar o de hacer. Por otra parte, la jurisprudencia de los tribunales mexicanos ha identificado, invariablemente, la celebración del contrato con la consumación del fraude contractual en las tesis que transcribo a continuación.

“Fuente: Penal. Página: 1549. Vol. Tomo: XLII. Época: 5ª.

FRAUDE, LUCRO EN EL. No es preciso para que exista el lucro en el fraude, el aprovechamiento material del dinero en efectivo, pues si para cometer ese delito, se ha recurrido al otorgamiento de una escritura pública de compraventa y esa escritura significa para el defraudado, una obligación personal y para la contraparte un

⁴ Francisco CARRARA, Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen IV, Bogotá, Editorial Temis, 1980, pág. 432.

⁵ Silvio RANIERI, Manuale di Diritto Penale, Padua, Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1952, Volumen Tercero, pág. 371.

⁶ Citados, estos últimos, por José Manuel VALLE MUÑIZ, El Delito de Estafa, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1987, págs. 232 a 234.

derecho, no es ni siquiera necesario el ejercicio de la acción ejecutiva, derivada de dicha escritura, para llevar adelante la serie de actos que han de consumar el delito, encubriendo el carácter delictuoso de los mismos actos, con procedimientos judiciales; pues en el supuesto de la concurrencia de los demás elementos del delito, el fraude puede consumarse con el solo otorgamiento de la escritura, aún sin necesidad de ocurrir la contraparte a los tribunales civiles, en demanda de pago del precio estipulado, pues muy bien puede traspasar sus derechos a tercera persona, en perjuicio del mandante defraudado, obteniendo así el lucro, aun antes del plazo fijado en la escritura, para el cumplimiento de la obligación.

Sauville, Luis de, pág. 1549. Tomo XLII. 11 de octubre de 1934.

“Fuente: Penal. Página: 438. Vol. Tomo CVIII. Época: 5ª.

FRAUDE, REPARACIÓN DEL DAÑO. Es evidente también que de los actos realizados por los acusados se derivó un daño patrimonial, si mediante la exhibición de documentos falsos, no logró que una compañía otorgara una fianza, de suerte que con esos actos, la empresa de que se trata, contrajo, mediante engaños, una obligación legal de responder por una fianza, lo cual constituye indudablemente un perjuicio patrimonial para la citada negociación. En el aspecto de la reparación del daño, debe decirse que la responsabilidad civil que contrajo la compañía, como fiadora, deriva de la fianza misma que otorgó y no deriva del hecho de que haya sido presentada alguna demanda en su contra, para hacerla cumplir la responsabilidad que había contraído desde el momento de constituir la fianza, y debe llegarse a la conclusión de que el quejoso, por concepto de reparación del daño proveniente del fraude, debe ser condenado a depositar el importe total de la fianza obtenida fraudulentamente, a fin de que esa suma se aplique al importe de la condena que, en definitiva, se impusiera a la negociación ofendida debiendo devolverse al quejoso el saldo de ese depósito, que resulte en su favor si la condena de la ofendida fuese fijada en una cantidad menor.

Mesinas Ortega, Otilio, pág. 438. Tomo CVIII. 11 de abril de 1951. 3 votos.”

“Fuente: Penal. Página: 1602. Vol. Tomo: CXXV. Época: 5ª.

FRAUDE, PRESCRIPCIÓN. Si el reo consumó el delito de fraude al firmar un convenio, el hecho de que con posterioridad hubiera ejecutado actos que implicaban violación de dicho convenio, no puede impedir la consumación de la prescripción.

Vélez, Benjamín, pág. 1602. Sala auxiliar. 22 de agosto de 1955. 4 votos. Tomo CXXV.”

Las cosas ocurren en forma bien diversa en el caso de los delitos bancarios. La LIC, en su artículo 112, se refiere a las consecuencias patrimoniales del delito usando el término *quebranto*. La práctica bancaria y el criterio de la Procuraduría General de la República y de los jueces penales federales coinciden en señalar que el *quebranto* es una afectación a los resultados del banco y se produce cuando el banco, teniendo la certeza probada de la insolvencia del deudor, registra contablemente la pérdida. Esto quiere decir que no hay quebranto y, en consecuencia, el delito no se ha consumado, mientras no haya mora. Tampoco hay consumación mientras el banco no obtenga los medios de convicción que le permitan determinar la imposibilidad del cobro. ¿Basta con que, a criterio del banco, el crédito sea incobrable, o es necesario que inicie las acciones civiles que le correspondan, o, más aún, es necesario que el banco obtenga sentencia ejecutoria que reconozca su crédito? Ante el silencio de la ley, de la jurisprudencia y de la doctrina, cada juez queda en absoluta libertad de determinar si, en el caso concreto, es imposible el cobro y se justifica el registro contable del quebranto.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público emitió una circular que contiene todas las disposiciones de carácter general aplicables a las instituciones de crédito. Publicada en el Diario Oficial de 2 de diciembre de 2005, esta circular tiene por objeto compilar en un solo instrumento jurídico las disposiciones aplicables a las Instituciones de Crédito expedidas por la Comisión, sistematizando su integración y homologando la terminología utilizada, a fin de brindar con ello certeza jurídica en cuanto al marco normativo al que las mencionadas entidades financieras deberán sujetarse en el desarrollo de sus operaciones. En esa circular define *quebranto* como “cualquier gasto repentino, inesperado, involuntario o un costo no recuperable o no recurrente; una erogación por la cual no puede esperarse beneficio alguno, presente o futuro”.

Esta indebida intromisión de los criterios contables y financieros en el campo del Derecho Penal produce consecuencias lamentables. En primer lugar, paradójicamente, la aplicación de los delitos especiales tipificados por la LIC otorga a los bancos una protección menos eficaz que la que obtendrían si pudieran invocar los delitos contenidos en el Código Penal, por cuanto los obliga al ejercicio de acciones civiles y a la comprobación de la insolvencia del delincuente como condiciones para registrar contablemente el quebranto. En segundo lugar, aceptar

que el delito se consuma únicamente cuando el banco registra el quebranto, equivale a afirmar que es el ofendido quien, con su conducta, consuma el delito. Ciertamente que también en el fraude es el acto de disposición patrimonial del pasivo el que consuma el delito, pero, en este caso, esa es la conducta que lesiona el patrimonio; en cambio, en los delitos tipificados por el art. 112 de la LIC, la conducta consumatoria del pasivo meramente efectúa el registro contable del daño patrimonial que previamente fue causado por la conducta del activo. En tercer lugar, si el sujeto activo del delito, después de haber efectuado todas las conductas que menciona el tipo, pero antes de que el banco registre el quebranto, paga las cantidades que adeuda al banco, su conducta, que en los delitos patrimoniales comunes únicamente tendría consecuencias por lo que hace a la reparación del daño, en los delitos bancarios impide la consumación.

Veamos, por último, las curiosas consecuencias que este sistema tiene con respecto a la prescripción. La LIC, en su artículo 116 bis, dispone que: “La acción penal en los casos previstos en esta ley perseguibles por petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por la institución de crédito ofendida o de quien tenga interés jurídico, prescribirá en tres años contados a partir del día en que dicha Secretaría o la institución de crédito tengan conocimiento del delito y del delincuente, y si no tienen ese conocimiento en cinco años que se computarán a partir a partir de la fecha de la comisión del delito. En los demás casos, se estará a las reglas del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal”.

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en Contradicción de Tesis que transcribimos a continuación, ha resuelto que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público únicamente tiene conocimiento del delito y del delincuente cuando recibe la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. En consecuencia, será a partir de que dicha Secretaría cuente con esa opinión cuando principie a correr el plazo de tres años con el que cuenta para formular petición para que se persiga el delito. Pero, dado que también la institución de crédito puede formular esa petición, y dado que para ella el plazo corre a partir del registro contable del quebranto (momento consumativo), nos vemos obligados a concluir que la prescripción se consumará cuando transcurran tres

años del momento en que ocurrió el primero de estos dos, alternativos, acontecimientos: la opinión de la Comisión o el registro del quebranto.

“No. Registro: 183859

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVIII, Julio de 2003

Tesis: 1a./J. 34/2003

Página: 71

DELITOS BANCARIOS. EL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA QUE LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO FORMULE LA PETICIÓN O QUERRELLA CORRESPONDIENTE, INICIA A PARTIR DE QUE RECIBE LA OPINIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES.

Para que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público pueda formular la petición o querrela, con la intención de que se persigan los delitos bancarios establecidos, entre otras, en la Ley de Instituciones de Crédito y en la del Mercado de Valores, debe escuchar la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, pues ésta, por su grado de especialización, es quien puede aportar los elementos técnicos necesarios para que dicha dependencia del Ejecutivo Federal pueda tener conocimiento del delito y del delincuente, al proporcionarle los informes o dictámenes, así como las pruebas necesarias. En consecuencia, será a partir de que dicha secretaría cuente con esa opinión, cuando inicie el cómputo del plazo para que formule la petición o querrela correspondiente; sin soslayar las facultades que la propia ley concede en este sentido a otros órganos.

Contradicción de tesis 12/2001-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos del Décimo Segundo Circuito. 4 de junio de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Tesis de jurisprudencia 34/2003. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de cuatro de junio de dos mil tres.”

En la práctica, la interpretación del *quebranto* como un concepto contable ha tenido como consecuencia un alto nivel de impunidad. Tratando de enmendar la situación, el legislador federal, por decreto publicado en el Diario Oficial de 17 de mayo de 1999, reformó el artículo 112 de la LIC para referirse al resultado de la conducta delictiva como “quebranto o *perjuicio patrimonial*”. Los códigos penales ya han usado el concepto de *perjuicio* para referirse a los efectos lesivos que la conducta del activo produce en el patrimonio del pasivo. Así, por ejemplo, en los tipos de abuso de confianza y administración fraudulenta. Esta reforma elimina la necesidad de que se registre contablemente el quebranto para tener por consumado el delito. Adecuadamente entendida por el ministerio público y los jueces hará posible la eficaz persecución de los delitos bancarios.