

6 203

SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA
ACATLAN



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

EL DEBER DE RESERVA EN LA PRESTACION DE SERVICIOS BANCARIOS

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
BRENDA SUSANA AGUILAR MONTIEL





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.

DEDICATORIAS.

DIOS.

Señor, yo te pido y pido tantas cosas para alegrar mi vida cuando Tú, Señor, me has dado la vida para alegrarme de las cosas.

A MI PADRE.

Tú quien a pesar de todo has sido el modelo original en mi vida, quien con tu sola presencia hiciste posible la risa en medio de la estrechez, el calor cuando hacía frío, y el éxito a pesar de los fracasos.

Tú que me enseñaste la perseverancia y has compartido mis años de crisis y ambición, cuando las prioridades y valores pueden confundirse.

Tú quien constantemente me recuerdas lo que realmente soy.

A MI MADRE.

Porque fui negligente al cuestionarte continuamente por qué mi posición en la familia era todo menos privilegiada, si ya desde siempre sabía que eras la fortaleza en la que me podía afianzar ante el temor de mis primeras experiencias, a quien recurría cuando quería sentirme consentida, única y protegida, y hasta a quien revelé mi verdadera naturaleza vulnerable. Ahora sé que todos somos tus preferidos.

Te amo.

A MIS HERMANOS.

A quienes bien poco he podido corresponder a su gran calidad humana y apoyo moral, pero que son y serán las directrices de todos mis objetivos.

BETO.- Tú que con esa apariencia un tanto impasible, has tenido detalles que enternecen mi alma y reafirman que la riqueza no se mide en función de las cosas materiales que uno tiene, sino de aquellas que uno no cambiaría por dinero.

A. ARAMIS Y DANIELA.

Todo mi amor y más.

TO ROBIN GIBB

In my soul I fell your presence and my brain I see your face again, now,
I Know that in this life size isn't everithing, you change my frame of mind,
because you're man for all seasons.

AL LIC. GABINO ROSALES ZAMORA

Con mi más sincero agradecimiento por su tolerancia ante mis múltiples carencias en la materia y que hacen invaluable su ayuda en la culminación del presente trabajo.

Pero sobre todo mi cariño y reconocimiento por la enorme generosidad humana que hoy por hoy lo caracterizan y lo hacen único como maestro y amigo.

A aquellas personas que me es difícil enumerar y que sin embargo han formado parte de mi vida, cediéndome en su momento una parte de su tiempo y demostrando que no sólo cuando las cosas van bien es cuando uno demuestra su amistad.

A MIS SINODALES

A quienes agradezco profundamente el tiempo y la atención prestada a la sustentante en la supervisión del presente trabajo.

A NUESTRA MAXIMA CASA DE ESTUDIOS.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

ACATLAN. De la que es un honor y un privilegio formar parte.

**" Quizás existan nuevas mañanas de verano.
Cuando con enorme placer y felicidad,
podamos llegar a nuevos puertos, nunca
vistos ni disfrutados. "**

Cavafy de Maurice (Req. Tlaxelel Huitzol)

**EL DEBER DE RESERVA EN LA PRESTACION DE
SERVICIOS BANCARIOS**

INDICE

| | Pág. |
|---|------|
| INTRODUCCION | 1 |
| CAPITULO I PRECEDENTES LEGALES DEL DEBER DE RESERVA. | |
| 1.1 En la Legislación Laboral | 6 |
| 1.2 En la Legislación Penal | 10 |
| 1.3 En la Legislación Bancaria | 18 |
| a).- Antes del Decreto de Estatización de la Banca | 18 |
| b).- Con la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito | 22 |
| c).- Con la Reprivatización de la Banca | 32 |
| CAPITULO II TIPO PENAL DEL DEBER DE RESERVA. | |
| 2.1 Concepto | 39 |
| 2.2 Naturaleza Jurídica | 47 |
| 2.3 Configuración del Delito | 50 |
| 2.4 Tipo Genérico | 52 |
| 2.5 Elementos del Delito | 57 |
| a).- Normativos | 57 |
| b).- Objetivos | 60 |
| 2.6 Sanciones | 63 |

CAPITULO III EL DEBER DE RESERVA EN LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.

| | | |
|-----|---|----|
| 3.1 | La Revelación de Secretos en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito | 66 |
| 3.2 | La Revelación de Secretos en la Ley de Instituciones de Crédito | 73 |
| | a).- De la protección de los Intereses del Público | 76 |
| | b).- Del Deber de Reserva o guarda de la Información por las Instituciones de Crédito, Empleados y Funcionarios . | 84 |
| | c).- De la Violación del Deber de Reserva en la Actividad Bancaria | 89 |
| 3.3 | Excepciones al Deber de Reserva | 93 |
| 3.4 | Sanciones | 99 |

CAPITULO IV RESPONSABILIDAD JURIDICA DE LOS FUNCIONARIOS POR INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE RESERVA.

| | | |
|-----|---|-----|
| 4.1 | Derecho Potestativo de los Usuarios | 105 |
| 4.2 | Procedimiento Administrativo | 111 |
| 4.3 | Resoluciones dictadas por la Comisión Nacional Bancaria | 124 |
| 4.4 | Cumplimiento de las Resoluciones | 127 |
| 4.5 | Querrela de las Instituciones de Crédito | 129 |

CONCLUSIONES..... 135

BIBLIOGRAFIA..... 139

**EL DEBER DE RESERVA EN LA PRESTACION DE
SERVICIOS BANCARIOS**

INTRODUCCION

Uno de los principales objetivos en la elaboración del presente trabajo, consiste en analizar un tema que particularmente considero importante por las consecuencias jurídicas económicas y morales que pueden traer aparejada.

El deber de reserva o secreto en el manejo de información, obtenida con motivo de la práctica o realización de algunas actividades profesionales o inherentes a algún oficio, implica la obligación de evitar difundir, revelar o informar cualquier hecho o circunstancia que haya sido acreditada y confiada en el plano profesional.

Por lo mismo, las actividades realizadas por el médico, el contador, el funcionario público, el abogado, el funcionario bancario, el empleado, etc., requieren un cuidado adicional sobre la información que manejan relacionada con su actividad profesional, ya que el simple hecho de faltar al deber de reserva o secreto puede provocar daños o perjuicios de tipo moral o económico en la persona que haya de resultar comprometida con la revelación.

El hecho de revelar indebidamente cierto tipo de información, se encuentra sancionado por diversos ordenamientos legales que abarcan diferentes tipos de responsabilidad tales como: administrativa, penal, laboral, bancaria y civil.

No obstante lo anterior, he de referirme particularmente al deber de reserva en la prestación de servicios bancarios ya que debido a su especial naturaleza regula la obligación de guardar el secreto de la información relacionada con las operaciones que se efectúan ante las instituciones bancarias, contemplándose esta figura jurídica en el título sexto de la Ley de Instituciones de Crédito.

Ahora bien, aún cuando el ordenamiento señalado bajo el título "de la protección de los intereses del público" exige este deber de reserva, relacionado con las operaciones efectuadas por los usuarios en las instituciones de crédito, tales como; depósitos bancarios de dinero, depósitos en cuenta de cheques, apertura de crédito, fideicomisos, créditos con garantía hipotecaria, servicios de caja de seguridad, etc., y en general cualquier tipo de operación bancaria, por parte, tanto de empleados como de funcionarios de las Instituciones Bancarias, no obstante señala una sanción y un procedimiento especial por la violación de dicho deber, y dan al afectado alternativas de solución.

Sin embargo, al entrar al estudio de dicho procedimiento se advierte que el Legislador no obstante que prevé la comisión de un delito, se preocupa por establecer subterfugios legales que en cierta forma benefician al responsable de la violación del deber de reserva.

Por lo anterior, la inquietud primordial que motivo en mi la realización y desarrollo del presente trabajo, es la de haberme encontrado frente a la legislación que regula el deber de reserva en materia bancaria, con una serie de imprecisiones jurídicas.

Y afirmo lo anterior, basándome en la falta de capacidad ejecutiva de la propia Comisión Nacional Bancaria ya que a lo largo del presente estudio se observará que para efectos de ejecución de resoluciones o convenios será necesario acudir a los tribunales competentes.

Es por ello, que propongo se realice un análisis exhaustivo a la Ley de Instituciones de Crédito, por lo que se refiere a la violación al deber de reserva, ya que en múltiples ocasiones a instancias de la propia Institución Bancaria el usuario afectado acepta celebrar un convenio conciliatorio y es obligado a desistirse de las acciones penales procedentes; sin embargo es común que dichas instituciones falten al cumplimiento voluntario de lo convenido, por lo que será necesario acudir a los tribunales competentes para la ejecución del convenio o resolución, de donde se desprende sustituyen su responsabilidad penal por la puramente civil.

Encontrandome en la posición de emitir alternativas, propongo la reforma al Título sexto de la Ley de Instituciones de Crédito y la adición que permita al usuario perjudicado obtener una reparación del daño más equitativa, rápida y eficaz, conclusiones que espero, en su oportunidad sean consideradas para

la restructuración, que en su momento se realice de la Ley de Instituciones de Crédito.

CAPITULO I

**PRECEDENTES LEGALES DEL
DEBER DE RESERVA**

CAPITULO 1

PRECEDENTES LEGALES DEL DEBER DE RESERVA

1.1 EN LA LEGISLACION LABORAL.

Durante los siglos de esclavitud y servidumbre en que prevaleció el poder absoluto de los amos y señores feudales, quienes, sobre la base de que el esclavo era sólo una cosa y el siervo un algo que poco se le diferenciaba, castigaban bestial y libremente a los hombres por la falta o el descuido más insignificante en sus labores, azotandolos, encerrandolos o utilizando procedimientos infrahumanos que les quitara el deseo de volver a incumplir sus deberes. Situación que habría de cambiar al suprimirse el sistema de la servidumbre y especialmente después de la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. en Diciembre de 1948, y que logró recoger los principios generales fundamentales del derecho del trabajo, los que servirían para asegurar al trabajador y a su familia "una existencia conforme a la dignidad humana".

En los años posteriores se sucederían cambios sociales, económicos y políticos que transformarían radicalmente la concepción mundial de los derechos sociales y principalmente el relativo al trabajo, que en México logró su cristalización a través de la Constitución de 1917. No obstante aún se

conservan ciertos vestigios burgueses que toleraban un mal llamado "poder disciplinario del patrono" para castigar alguna falta cometida o el incumplimiento de las obligaciones de los trabajadores.

Acorde con los nuevos principios del Derecho Mexicano del Trabajo, en la Ley Federal del Trabajo del 18 de Agosto de 1931 se prevén las causas de la extinción de las relaciones individuales de trabajo y se dividen en causas de rescisión y causas de terminación.

Para el Tratadista Mario de la Cueva en su obra El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, la rescisión se traduce en:

"La disolución de las relaciones de trabajo, decretada por uno de los sujetos, cuando el otro incumple gravemente sus obligaciones." 1

Siendo precisamente el deber de reserva, la materia del presente análisis, la Ley Federal del Trabajo vigente, en su artículo 47 fracción IX dispone:

"Son causas de rescisión de la relación del trabajo, sin responsabilidad para el patrón:

IX. Revelar el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa".

1

DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, 12a. Edición, Editorial Porrúa, México 1990, pág. 241.

De igual manera este ordenamiento consigna en su artículo 134 como obligaciones de los trabajadores:

"XII. Guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales y de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tengan conocimientos por razón del trabajo que desempeñen, así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicios a la empresa."

La causal de rescisión contenida en ambos artículos se caracteriza básicamente por dos elementos; la revelación de datos y el perjuicio. El mismo artículo 134 fracción XIII expresa en forma precisa el segundo de los elementos, al decir que la revelación pueda causar perjuicios, esto es, la norma prevé la posibilidad del perjuicio y no precisamente que ya se haya producido.

Dichas disposiciones se encuentran emparentadas con la idea de faltas de probidad prevista por el artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo, y que en su fracción II establece:

" Son causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón:

Incurrir el trabajador, durante sus labores, en falta de probidad u honradez."

No obstante, es difícil establecer en que consiste esencialmente la probidad como elemento normativo en las relaciones de trabajo, así como cuales son las condiciones para su aplicación estricta.

Mario de la Cueva refiere al respecto, "que es problema de naturaleza ética, porque la idea de probidad plantea la rectitud de ánimo y la honradez en el obrar." ²

Por su parte, el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, define la probidad de la siguiente manera: "bondad, rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad y honradez en el obrar".³

Expuesto al deber de reserva como obligación de los trabajadores inherente o derivada de la prestación del trabajo, se deduce como acto ilícito el uso o aprovechamiento de la información obtenida por razón de trabajo y sobre la cual el trabajador no tiene derecho alguno. Por la importancia misma del acto y del perjuicio que puede ocasionar al afectado, la ley laboral lo sanciona con la propia rescisión de la relación de trabajo.

² Ibidem., pág. 242.

³ Diccionario de la Academia de la Lengua Española (Real Academia Española) 19a. Edición, Editorial Esparsa-Calpe, Madrid 1970, pág. 987.

1.2 EN LA LEGISLACION PENAL.

Las primeras manifestaciones en las que se tiene conocimiento del deber de reserva o secreto, se remontan muy probablemente a la época primitiva a través de las primeras sociedades humanas que comienzan a tener conciencia tanto de su fuerza física e inteligencia como de sus propios intereses y de los intereses generales de la tribú, creando así los primeros patrones de conducta que regulan los intereses de toda la comunidad y hacen posible la convivencia social.

Al decir del maestro Raúl Carranca y Trujillo, las penas primitivas fueron, primero la reacción natural de cada uno contra la lesión en sus bienes, vida e integridad corporal. En el interés de los propios hombres estuvo después reaccionar contra la transgresión de las normas de convivencia comunes, castigando al que hubiera atentado contra los intereses de cada uno. De aquí el carácter social de la venganza, todo cuanto ofendiera, cuanto atentara -mundo racional o irracional - contra los bienes de los hombres - debía ser castigado.⁴

No obstante, los antecedentes reales del deber de reserva como figura jurídica en el derecho penal mexicano, encuentran su génesis en el Código de 1871 conocido también como Código de Martínez de Castro - en honor al

⁴ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano (Parte General), Editorial Porrúa, 17a. Edición, México 1991. pág. 485.

Presidente de la Comisión redactora del Código, el Ministro Antonio Martínez de Castro.- , aprobado y promulgado el día 7 de Diciembre de 1871 y para regir a partir del primero de Abril de 1872, en el Distrito Federal y Territorio de la Baja California en materia común y para toda la República en la Federal. ⁵

Dicho ordenamiento destina el Título Quinto, Intitulado: REVELACION DE SECRETOS y en ella describe las diferentes hipótesis jurídicas relacionadas con la revelación de secretos, de las que podemos afirmar varían notablemente con lo establecido al respecto por el Código Penal vigente.

Sobre este Título y los artículos relativos al delito en estudio se prevé:

"Artículo 764.- El Particular que con perjuicio de otro revele o publique maliciosamente en todo o en parte, el contenido de un despacho telegráfico, o el de una carta o pliego indebidamente abiertos, sabiendo esta circunstancia, será castigado con una multa de 25 a 200 pesos y dos meses de arresto.

Si el reo fuera la persona misma que abrió la carta o pliego, se acumulara el delito de violación de correspondencia al de violación de secreto." ⁶

⁵ CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, 31a. Edición. México 1992, pág. 46.

⁶ MARTINEZ DE CASTRO, Antonio. Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República Mexicana sobre delitos contra la Federación. Edit. Librerías. "La Ilustración", México, 1883, pág. 273.

"Artículo 765. El que, sin consentimiento y con perjuicio de la persona o personas a quienes pertenezca la posesión legal del documento, publique o divulgue su contenido será castigado con cuatro meses de arresto y multa de 50 a 400 pesos"⁷

En cuanto al artículo 766 del Código en comento, este se refiere a la revelación de secretos industriales, en los siguientes términos:

"Se castigará con arresto mayor y multa de segunda clase al que estando o habiendo estado antes empleado en un establecimiento industrial, revele un procedimiento especial y secreto que en él se use."⁸

Por su parte, el artículo 761 del Ordenamiento mencionado prevé:

"Se impondrán dos años de prisión al que, con grave perjuicio de otro, revele un secreto que esté obligado a guardar, por haber tenido conocimiento de el o habersele confiado, en razón de su estado, empleo o profesión. A esa pena se agregará la de quedar el delincuente suspenso por igual término en el ejercicio de su profesión o empleo.

Si el perjuicio que resulte no fuese grave, la pena será del arresto mayor."⁹

⁷ Ibidem.

⁸ MARTINEZ DE LA C.A. Op. Cit. pág. 274.

⁹ Ibidem.

Por lo que se refiere al artículo 768, este dispone:

"No podrán las autoridades compeler a los confesores; médicos, cirujanos, comadronas, parteras, boticarios, abogados o apoderados, a que revelen los secretos que se les hayan confiado por razón de su estado, o en el ejercicio de su profesión, ni a dar noticia de los delitos de que hayan tenido conocimiento, por este medio.

Esta obligación no eximirá a los médicos que asistan a un enfermo de dar certificación de su fallecimiento expresando la enfermedad de que murió, cuando la ley lo prevenga".¹⁰

Este artículo marca la pauta para la regulación del secreto profesional al que se aludirá continuamente durante el desarrollo del presente trabajo, y regula ese deber de guarda o reserva en la información obtenida con motivo del ejercicio de una profesión u oficio, entiendase, confesores, médicos, abogados, etc., y del cual se encuentran exentos para declarar sobre los hechos o circunstancias que les fueren confiados. No obstante, la propia ley establece excepciones que pueden liberar de responsabilidad al obligado en casos específicos.

¹⁰ MARTINEZ DE LA C.A. Op. Cit. pág. 274.

Por su parte el artículo 769 establece:

"Se exceptúa de lo dispuesto en los dos artículos que preceden, el caso en que se revele el secreto de consentimiento libre y expreso, así del que lo confió, como de cualquier otra persona que haya de resultar comprometida con la revelación." ¹¹

Como se observa en el precepto anterior, se prevé un caso de excepción a lo establecido en los artículos 767 y 768 de la Ley en reseña. y que consiste en el supuesto de que el secreto haya sido revelado en forma libre y expresa, tanto del que lo confió, como de cualquier otra persona que resulte comprometida por la revelación. Lo anterior indica la presencia de un consentimiento expreso por ambas partes, que libera al obligado de la responsabilidad penal por haber divulgado o revelado el secreto confiado, y por otro lado impone cierta parte de esa responsabilidad moral al que aceptó la revelación o divulgación del secreto que hubiera confiado al primero.

Por su parte, el artículo 770 del Ordenamiento invocado en este apartado dispone:

"El notario o cualquiera otro funcionario público, que estando encargado de un documento que no deba tener publicidad, lo entregue maliciosamente a una persona que no tenga derecho de imponerse de él o le dé copia, o le

¹¹ Ibidem.

permita leerlo, será castigado con dos años de prisión y multa de segunda clase, si resultase perjuicio grave a un tercero. o el delincuente hubiera obrado por interés." ¹²

El numeral 771 de esta legislación también prevé:

"Las penas de que habla el artículo que precede se aplicarán al empleado de la estafeta que entregue maliciosamente una carta o un pliego, cerrado o abierto, a persona distinta de aquélla a quien esten dirigidas y al empleado de un telégrafo que lo haga de un despacho telegráfico recibido de otra oficina o que se le haya confiado para su transmisión." ¹³

Por lo que respecta al ilícito previsto en el artículo 770 de la Ley en análisis, se observa que tanto los notarios públicos como cualquier otro funcionario público a cuyo cargo se encuentre la posesión o custodia de un documento al que no deba darle publicidad, o bien lo entregue a otra persona, le permita leerlo o de copia del mismo, incurren en una conducta delictuosa que es sancionada con una pena privativa de la libertad y con sanción pecuniaria.

En la exposición de motivos del Código Penal de 1871 el Ministro Antonio Martínez de Castro expresó:

¹² MARTINEZ DE C.A.. Op. Cit. pág. 274.

¹³ Ibidem, pág. 274.

"Que uno de los más importantes fines de las penas es la enmienda del penado, y que los gobiernos deben a toda costa corregir a éste. En una palabra la corrección moral del delincuente como fin último de la pena." ¹⁴

De lo anterior, se observa que tales conductas por su importancia y repercusiones han sido tomadas en consideración; ya que actualmente se encuentran previstas y sancionadas por distintas leyes especiales como lo son: La Ley del Notariado para el Distrito Federal; Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, etc., y que a partir de ellas, surgen otras en forma un tanto independiente, por razón de su materia, que requiere sean previstas en forma especial.

Finalmente los artículos 772 y 773 establecen:

Artículo 772.- "Cuando de los hechos de que se hablan en los dos artículos anteriores no resultará daño, pero que haya podido resultar, se impondrá multa de segunda clase".

Artículo 773.- "Lo dispuesto en los artículos que preceden no será obstáculo para que, en los casos y con los requisitos que previenen las leyes, se entreguen a los síndicos de los concursos y a los jueces o tribunales, los documentos, cartas o pliegos de que hablan los artículos mencionados".

¹⁴ CARRANCA Y T. Op. Cit. pág. 715.

El artículo anterior es sin lugar a dudas para el legislador una excluyente de responsabilidad para el obligado a la reserva de secretos o información, ya que en el caso específico la autorización a dicha entrega o revelación, se encuentran justificados por el derecho penal siempre y cuando sean requeridos formalmente para la Autoridad-requisito sine qua non - deberá otorgarse so pena de incurrir en el ilícito involuntariamente. Lo anterior es con el objeto de permitir al juzgador o autoridad competente dilucidar la verdad de los hechos o actos en juicio y cuando tal información sea idónea para aportarla como medio de prueba.

El siguiente antecedente penal del deber de reserva, tiene su fundamento en el Código Penal promulgado el 13 de Agosto de 1931 por el Presidente Pascual Ortíz Rubio a regir en el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia federal. Ordenamiento que al encontrarse vigente en la actualidad, reservamos para su análisis en capítulo posterior.

1.3 EN LA LEGISLACION BANCARIA.

a).- Antes del decreto de Estatización de la Banca.

El primer antecedente legal en materia bancaria sobre el deber de reserva se encuentra en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, promulgada por el Presidente Manuel Avila Camacho y con fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación del día 31 de Mayo de 1941.

Esta misma ley destina en su Capítulo II "Las Reglas sobre las diferentes operaciones de las Instituciones de Crédito, en el que se encuentra regulado el deber de reserva, materia de nuestro estudio y que en su artículo 105 prevé:

"Las instituciones depositarias no podrán dar noticias de los depósitos y demás operaciones, sino al depositante, deudor o beneficiario, a sus representantes legales o a quien tenga poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación, salvo cuando lo pidiera la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el depositante sea parte o acusado. Los funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables en términos de la Ley por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación de secreto a reparar los daños y perjuicios que se causen." ¹⁵

¹⁵ Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

El precepto anterior, como es de observarse establece los primeros lineamientos para regular la actividad bancaria acorde con la época y sobre todo a las Instituciones de Crédito más o menos modernas que cubrían operaciones de banca especializada como son: Banca de depósito, de capitalización, fiduciaria, de crédito hipotecario y de ahorro. Teniendo todas ellas la prohibición de dar noticias no sólo de los depósitos sino de las demás operaciones que en ellas se efectúen, a personas ajenas al depositante, beneficiario o deudor, a sus representantes legales o a quien tenga poder para disponer en la cuenta o intervenir en la operación. También por primera vez establece la responsabilidad de los funcionarios de las Instituciones de Crédito cuando incumplan, revelen o violen ese deber de reserva o secreto, y por el cual deben responder en términos de Ley, independientemente de que las instituciones estarán obligadas a la reparación del daño originado con motivo de la revelación.

La ley Bancaria de 1941, también conocida como la Ley del 31 de Mayo de 1941 sufre múltiples reformas, todas ellas con la idea de adecuarla a la realidad social y de las que podemos mencionar como medulares se encuentran; la de 1943; 1986; 1970, 1972 hasta el término de su vigencia en Agosto de 1982.

Por lo que respecta al artículo 105 este fué reformado a través del decreto promulgado el día 15 de Junio de 1943 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de Julio de 1843, para quedar como sigue:

"Artículo 105.- Las Instituciones depositarias no podrán dar noticias de los depósitos y demás operaciones, sino al depositante, deudor o beneficiario, a sus representantes legales o a quien tenga poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación, salvo cuando las pidieran la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el depositante sea parte o acusado y las Autoridades Hacendarias Federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, para fines finales.

Los funcionarios de las Instituciones de Crédito serán responsables en los términos de la Ley por violación del secreto que se establece y las Instituciones estarán obligadas en caso de revelación de secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen." ¹⁶

Es esta reforma la que viene a complementar y a reforzar el deber de reserva en la actividad bancaria, toda vez que otorga a las Autoridades Hacendarias, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros - la facultad de requerir o solicitar información a las Instituciones de Crédito sobre los depósitos y demás operaciones en ellas realizadas, y como lo

¹⁶ Decreto que reforma la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Publicado en el Diario Oficial de la Federación. El 8 de Julio de 1943.

menciona dicho precepto para fines fiscales. Por lo que ya prevé la posibilidad de contar con un órgano de inspección y vigilancia para efectos de mantener un debido control de la información que deba ser revelada y que se encuentre solicitada formalmente por su conducto. Es menester soslayar que dicho precepto sólo consideró que la Autoridad Judicial o Hacendaria serían las únicas en requerir informes sobre las operaciones efectuadas en las Instituciones de Crédito, pero pasó por alto el hecho de que otras dependencias también pueden solicitar esa información, tal es el caso de la Procuraduría General de la República y de La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, -tratándose de la investigación de algún delito cometido por el depositante o cliente bancario-, o bien por alguna dependencia centralizada o descentralizados para efectos administrativos. (Vg. declaraciones patrimoniales).

Como se ha mencionado esta Ley sufrió varias reformas con posterioridad, sin embargo ninguna de ellas se relaciona con el deber de reserva en la actividad bancaria, figura que permaneció intacta hasta la abrogación de esta Ley en el año de 1984 (28 de Diciembre) y con permanencia en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito publicada el 14 de Enero de 1985 en el Diario Oficial de la Federación, Ordenamiento que tenía por objeto regular las Instituciones de Crédito, que mediante un acto administrativo de rescate de concesión por causa de utilidad pública, el gobierno federal decretó como una área estratégica del país.

1.3 EN LA LEGISLACION BANCARIA.

b).- Con la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

Como se ha referido anteriormente, las operaciones de banca especializada se encontraban reguladas por la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares del 31 de Mayo de 1941. Sin embargo la actividad bancaria habría de transformarse y así en el año de 1968 surgió una nueva figura jurídica denominada Banca Múltiple - que apareció simultáneamente con los llamados Grupos Financieros-, siendo la primera propiamente, la diversificación de las Operaciones Bancarias y Crediticias realizadas por una misma Institución. (Vg. depósitos bancarios de dinero, créditos hipotecarios, aperturas de crédito, capitalizaciones, etc..) Este tipo de Instituciones operaban mediante concesión estatal y se constituían como Sociedades Anónimas.

La importancia que adquiría paulatinamente la Banca Múltiple en la actividad bancaria y en especial la repercusión que tenía dentro de la economía nacional, influyó decisivamente para que el Estado Mexicano decidiera ejercer totalmente la rectoría del sistema bancario nacional y considerara la necesidad de establecer limitaciones y sistemas de control, que le permitieran intervenir directamente en el ejercicio de esas actividades económicas que hasta entonces habían sido desarrolladas por particulares,

ello con el fin de orientarlas a promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país. En este sentido el Estado tenía como propósito el sustituirse totalmente al desempeño de esa actividad, tendiente a lograr no sólo el éxito económico sino a satisfacer una necesidad colectiva en aras de grandes objetivos nacionales como lo serían: Un sano desarrollo de las fuerzas productivas, un crecimiento en la economía nacional y el fomento al ahorro en los distintos sectores.

Por esta razón el 1o. de Septiembre de 1982, es publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto del Ejecutivo Federal que establecía la "Nacionalización de la Banca" e imponía las bases sobre las que tendría que operar la nueva estructura financiera del Sistema Bancario Mexicano. Este decreto fundado en el principio de rectoría del Estado como activo promotor en el proceso ahorro-inversión, permitió al Estado dirigir su participación en la actividad bancaria a un nivel distinto, considerándola como área estratégica que pretendía orientar en forma óptima la inversión, la transformación de los recursos financieros y en general el desarrollo armónico del sistema bancario nacional. A partir de esta fecha la Banca Múltiple, como centro de la actividad financiera, dejaba de ser una concesión para convertirse en Servicio Público de Banca y Crédito prestado por el Estado como área estratégica. Como consecuencia de dicho Decreto se expropiaron las 60 Instituciones que existían en ese momento de nuestro país con excepción del City Bank y Banco Obrero. Además como nuevas Instituciones públicas se constituyeron

como Sociedades Nacionales de Crédito (S N C) abarcando tanto a la Banca Múltiple como a la Banca de Desarrollo.

Sobre la intervención estatal en la actividad bancaria, me permito citar el criterio ad hoc del profesor Gabino Fraga que advierte:

"Que el individuo no ha sido capaz de satisfacer las necesidades de la colectividad, por lo que se va desarrollando una tendencia intervencionista o estatista en la que se considera que el Estado respetando en buena parte la actividad privada, va imponiendo a esta restricciones o limitaciones para armonizar con el interés general y va creando servicios públicos..."¹⁷

Sobre este mismo punto afirma:

"Por lo que hace la intervención del Estado en los patrimonios privados, las leyes acusan también un franco estatismo. El artículo 27 de la Constitución da a la propiedad privada el carácter de social y el párrafo tercero consagra en toda su amplitud ese concepto de la propiedad al disponer que "La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación."¹⁸

¹⁷ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. 28va. Edición. Editorial Porrúa, México 1989, pág.14.

¹⁸ Ibidem, pág. 15 y 16.

De lo expuesto se deduce:

Que la intervención estatal en la reglamentación y desempeño de la actividad bancaria perseguían como objetivos principales, el propiciar una participación eficiente y equilibrada en el sistema financiero mexicano, que desembocará en un sano desarrollo económico así como el evitar que los servicios o actividades básicas de la banca múltiple continuaran siendo manejadas por particulares en perjuicio del interés social, sin embargo sobre este punto difiero con la iniciativa estatal, toda vez que al convertirse el Estado en único rector de la actividad bancaria crea un monopolio que dificulta no sólo el desenvolvimiento económico sino también limita el número de posibilidades para el inversionista que se encontraba sujeto a la decisión gubernamental sobre sus mismos intereses.

En apego a la nueva estrategia económica, el Gobierno Federal expidió el decreto - aún muy debatido en razón de su denominación de "Nacionalización de la Banca" -, que estableció las bases para que a través de un acto administrativo de rescate de concesión por causa de utilidad pública, pudiera integrarse la actividad bancaria como Servicio Público otorgado por el Estado como área estratégica a todos sus sectores productivos.

Durante este lapso el Sistema Bancario Nacional se encontraba regulado tanto por la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, publicada el 31 de Diciembre de 1982, como por la ley General de

Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares promulgadas en 1941.

Ambos ordenamientos permitieron cubrir eventualmente la operación y preparación del sistema financiero durante su desarrollo, no obstante su vigencia simultánea y el sinnúmero de contratiempos que se presentaban en ambas legislaciones tales como; múltiples reformas, adiciones, derogaciones y contemplación de figuras jurídicas obsoletas así como lagunas en la aplicación de la Ley etc., que motivaron la creación de una nueva Legislación bancaria.

Por lo que se refiere a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982, y aún cuando desde su creación se concibió como un ordenamiento de carácter transitorio tendiente a cubrir legalmente la precipitada estatización de la actividad bancaria, estableció las bases jurídico-administrativas que permitieron al Estado realizar la adecuación de la estructura, organización y funcionamiento de las Instituciones de Banca Múltiple. Esta Ley tuvo vigencia hasta el 14 de Enero de 1985.

Ahora bien es menester aclarar que la figura jurídica del deber de Reserva o Secreto dentro de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, permaneció inalterable a su precedente contenido en la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941.

¹⁹ Compendio de Legislación Bancaria y Financiera. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. México 1985. Pág. 7 y 8.

Es el día 28 de Diciembre de 1984, fecha en que el C. Presidente de la República Mexicana, Lic. Miguel de la Madrid Hurtado envió a la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión un conjunto de Iniciativas integradas por cuatro nuevas Leyes, con el fin de lograr una mayor complementariedad entre Instituciones bancarias, no bancarias y privadas, con el fin de adecuar el desenvolvimiento económico del sistema financiero con el orden legal, siendo estas: La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito; Ley Orgánica del Banco de México; Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito; y Ley de Sociedades de Inversión.

Sobre la iniciativa de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, es importante destacar que hace alusión al Deber de Reserva exponiendo:

"Que en lo referente a la protección de los intereses del Público, se mantienen inalterables las trascendentes figuras de los Secretos Bancarios y fiduciarios, soportes esenciales de la confianza de los usuarios del servicio, sin que, por otra parte se obstaculice la impartición de la justicia en los casos procedentes."²⁰

Sobre esta iniciativa los C.C. Diputados que integraron la Comisión de Hacienda y Crédito Público presentaron a la consideración de la Cámara de Diputados el Dictámen en el cual se sometía a aprobación la Ley

²⁰ Compendio de Legislación Bancaria y Financiera. Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México 1985, pág. 13.

Reglamentaria en mención, por cuanto hacía al deber de reserva o secreto, en lo referente a los intereses del público y señalan.

"... la determinación volitiva que hace concurrir a los Usuarios a los bancos quedó violada y difícilmente conformada, de modo que el secreto bancario, efectivamente sigue siendo hermético y cuando conforme a estricto derecho procede, la acción de la justicia no encuentra impedimento insalvable. La solución concertada en la iniciativa merece también el aval de esta Comisión." ²¹

Posteriormente, ambas Comisiones propusieron el proyecto de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, que previamente había sido analizado y dictaminado, y que para finalizar se transcribe en la forma y términos con los que apareció en la nueva Ley promulgada el 31 de Diciembre de 1982.

"Artículo 93.- Las Instituciones de crédito en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quienes tenga otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio, salvo cuando las pidieren, la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado y las autoridades hacendarias

²¹ Ibidem, pág. 24.

federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, para fines fiscales. Los servidores públicos de las Instituciones de crédito serán responsables, en términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación del secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen.

Lo anterior, en forma alguna afecta la obligación que tienen las Instituciones de crédito de proporcionar a la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, toda clase de información y documentos que, en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, le solicite en relación con las operaciones que celebren y los servicios que presten." ²²

En forma análoga el artículo 30 fracción XV de este mismo ordenamiento regula el deber de reserva con respecto a la figura jurídica del Fideicomiso Bancario e indica:

"Artículo 30.- Las Instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

....XV.- Practicar las Operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito y llevar a cabo mandatos y comisiones." ²³

²² Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y crédito. 33va. Edición. Editorial Porrúa. México 1988. pág. 47 y 48.

²³ Ibidem, pág. 19.

La sanción a la violación de este deber se encuentra establecida en el artículo 94 de este mismo ordenamiento, que a la letra dice:

"Artículo 94.- Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 30 de esta Ley, incluso ante las Autoridades o Tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la Institución o viceversa constituirá a ésta en responsabilidad civil por los daños o perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales precedentes.²⁴

De lo anterior, se deduce que comparativamente entre las Legislaciones anteriores y la analizada, en relación al deber de reserva no guarda diferencias substanciales, pues no se altera y si amplía su concepto hacia "Cualquier tipo de operaciones ", ello significa que se hace un extensivo a cualquier operación efectuada en una institución bancaria, optando por crear un concepto amplio y no caer en la limitación o el casuismo al enunciar sólo determinadas operaciones, en virtud de que la transformación bancaria y financiera evoluciona continuamente.

Por otra parte es el artículo 94 de la Ley en análisis prevé la responsabilidad tanto civil como penal para los funcionarios involucrados en

²⁴ Ibidem, pág. 48.

la violación al deber de reserva tratándose de Fideicomisos, y que en forma equiparable en esencia se asemeja al deber de reserva ordinario.

1.3 EN LA LEGISLACION BANCARIA

c).- Con la Reprivatización de la Banca.

En este punto y toda vez que la Institución jurídica del deber de reserva en la actividad bancaria, permanece sustancialmente y agrega algunas variantes derivadas de la privatización bancaria, veremos los antecedentes legislativos relacionados con la reprivatización bancaria y como subsiste el Deber de reserva en la actual Ley de Instituciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 18 de Julio de 1990.

El proceso de reprivatización de la banca mexicana se genera como una necesidad del gobierno federal para sanear su economía ante una inminente pérdida de estabilidad financiera producto de una economía cerrada y de un alto grado de incompetitividad comercial, por esta razón a partir de las reformas de Diciembre de 1989 a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito del 14 de Enero de 1985, se da la pauta para reprivatizar la actividad bancaria. En este sentido las reformas a los artículos 11 y 15 de este ordenamiento, permitieron la participación de extranjeros (personas físicas o morales) dentro de las Sociedades Nacionales de Crédito de Banca Múltiple y para tal efecto se incorporó un serie "C" del 30% del Capital Social destinada a la inversión extranjera, con la limitante de que ningún socio debería exceder del 5% del porcentaje destinado a esta serie.

Posteriormente el día 2 de Mayo de 1990 el Presidente Lic. Carlos Salinas de Gortari envió al H. Congreso de la Unión una iniciativa de decreto que modificaba los artículos 28 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que a continuación se transcriben:

"Artículo Primero.- Se deroga el párrafo quinto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos."

"Artículo Segundo.- Se modifica y adiciona el inciso a) de la fracción XXXI del Apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para quedar como sigue:

ARTICULO 123.-.....

A).- Ramas Industriales y Servicios.

21.-

.....
22. Servicios de Banca y Crédito.

"Art. 3o.- Se reforma la fracción XIII bis del Apartado B del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

XIII bis. Las entidades de la administración pública federal que formen parte del sistema bancario mexicano regirán sus relaciones laborales con sus trabajadores por lo dispuesto en el presente apartado."

Por otra parte y en coherencia con las nuevas disposiciones se establece el segundo artículo transitorio de esta iniciativa de decreto que a la letra dice:

"ARTICULO SEGUNDO.- En tanto se expiden las nuevas normas aplicables, las instituciones de banca y crédito y las sucursales en México de bancos extranjeros que cuenten con concesión del Gobierno Federal continuarán rigiéndose por las disposiciones legales y reglamentarias vigentes."

De esta manera y una vez que fué aprobada esta iniciativa de decreto por el H. Congreso de la Unión, fué publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de Junio de 1990 y a partir de entonces el Servicio Público de Banca y Crédito dejó de ser considerado como una área prioritaria del Estado y marco la pauta para concesionar esta actividad a particulares.²⁵

Con las bases legales antes mencionadas, el 5 de Septiembre de 1990 por Acuerdo Presidencial se crea el Comité de Desincorporación Bancaria y el día 25 de Septiembre del mismo año se publican en el Diario Oficial de la Federación, las Bases Generales del Proceso de Desincorporación de las Instituciones de Banca Múltiple propiedad del Gobierno Federal, en ellas se establecen las etapas del proceso de desincorporación de las Instituciones de Banca Múltiple y que en síntesis se enumeran a continuación:

²⁵ Diario Oficial de la Federación publicado el 27 de Junio de 1990.

- 1). Transformación de Sociedades Nacionales de Crédito de Banca Múltiple a Sociedades Anónimas;
- 2). Conversión de Certificados de Aportación Patrimonial (CAPS) a Acciones;
- 3). Valuación de las Instituciones;
- 4). Prerregistro;
- 5). Calificación;
- 6). Selección de Grupos Financieros Interesados en la Adquisición;
- 7). Subastas." ²⁶

A partir de entonces se realizaron las gestiones legales para privatizar el servicio bancario y numerosos grupos financieros adquirieron las instituciones bancarias en venta, esta nueva organización, requirió de una legislación nueva, moderna y acorde con la situación financiera actual, razón por la que en fecha 18 de Julio de 1990 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la nueva Ley de Instituciones de Crédito. ²⁷

Esta ley mantiene vigente la figura jurídica en estudio y sólo observa algunos cambios en su texto, derivados como se ha mencionado de la reprivatización del servicio bancario, por lo que al realizar un análisis comparativo se observan los siguientes cambios. En primer término el actual artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito señala ". que los empleados

²⁶ Bases Generales del Proceso de Desincorporación Bancaria Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 25 de Septiembre de 1990.

²⁷ Diario Oficial de la Federación publicado el 27 de Julio de 1990.

y funcionarios de las instituciones de crédito, serán responsables..." no así el anterior artículo 93 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito se refería.. "...a los servidores públicos de las Instituciones de Crédito..." El motivo de este cambio como es de observarse no es propiamente hacia la figura jurídica de la reserva sino al sujeto responsable por el incumplimiento a este deber derivado de la prestación del servicio bancario, pues como se ha determinado ya no es un servicio público y en consecuencia no se encuentran las Instituciones de banca múltiple a cargo de funcionarios públicos sino de empleados y funcionarios simple y llanamente.

Por otra parte, el artículo 120 en su fracción VI de la actual Ley de Instituciones de Crédito da a la Comisión Nacional Bancaria, la facultad de imponer multa administrativa al responsable del incumplimiento o desacato a las resoluciones dictadas por la misma, con motivo de la violación al deber de reserva, en este mismo sentido el artículo 96 fracción VI de la Ley Reglamentaria anterior, señalaba a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como la autoridad competente para imponer y hacer efectivas las multas administrativas por estos mismos motivos.

Deduciendo lo anterior, se observa que aún cuando la nacionalización bancaria tuvo como objetivo el fomentar la inversión en sus distintos sectores productivos, no logró el desarrollo económico esperado y en cambio sí vió afectada su economía al encontrar gran parte de su capital invertido en la banca sin que le fueran retribuidas grandes utilidades, reflejando problemas

de solvencia y presentando dificultades administrativas anormales remarcadas en la falta de atención a necesidades sociales básicas, con lo que se puso de manifiesto la inconveniencia para que el Estado se subrogara en una actividad que no le es propia, dada su naturaleza, lo que provocó que nuevamente se concesionara la prestación de estos servicios a particulares.

Sin embargo es indispensable aclarar que por lo que se refiere al Deber de reserva, materia del presente trabajo, se continua observando la protección a esta figura jurídica sin alterar esencialmente su naturaleza, ya que como se señalo con antelación sus variantes se generan a partir de los responsables del incumplimiento y no de la figura misma.

CAPITULO II

EL TIPO PENAL DEL DEBER DE RESERVA.

CAPITULO II

EL TIPO PENAL DEL DEBER DE RESERVA.

2.1 CONCEPTO

El Objetivo fundamental del presente capítulo, consiste en realizar un análisis jurídico del deber de reserva en el ámbito del derecho penal, su tipificación en el Código Penal así como determinar cual es el bien jurídicamente tutelado de esta figura jurídica y cuales son las repercusiones jurídicas para los sujetos obligados frente a este deber.

Para iniciar el tema es conveniente delimitar el significado de deber y reserva, ya que de ambos conceptos se derivan los elementos del tipo penal que regula la figura jurídica en estudio.

Con respecto al concepto de Deber. El Diccionario de la Lengua Española da la siguiente definición: "Etimológicamente proviene del latin *Debere*, que significa estar obligado a algo por ley divina, natural o positiva. //m. Es aquello a que esta obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas." ²⁸

²⁸ Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española) 20. Edición. Editorial Espasa-Calpe S.A., Madrid 1989, pág. 442.

Por otra parte, la Real Academia Española define la Revelación de la siguiente manera:

"El término Reserva deriva del latín reservare, que significa prevención o cautela para no descubrir algo que se sabe o piensa.// Es retener o comunicar una cosa o el ejercicio o conocimiento de ella. ²⁹

De lo expuesto se deducen los elementos básicos que conforman ambos conceptos: El primer punto establece una obligación del individuo que deriva o se da en función de una ley, sea natural, divina o legal; El segundo consiste en la guarda, custodia o retención de una verdad secreta u oculta.

En el presente caso, la conducta obligada del individuo deriva de un precepto legal, es decir, constituye un deber jurídico, a fin de determinar en que consiste la Enciclopedia Jurídica Omeba señala:

"El concepto de deber jurídico, tal y como es actualmente empleado en la jurisprudencia y como lo define especialmente Austin, referiese sólo al individuo sobre el cual la sanción recae en el caso de que cometa el acto violatorio. Tal individuo está jurídicamente obligado a abstenerse de la comisión de dicho acto: si se trata de una acción positiva, esta obligado a no realizarla; si se trata de la omisión de cierta conducta, esta obligado a ejecutar tal conducta." ³⁰

²⁹ Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española) 20. Edición. Editorial Espasa-Calpe S.A., Madrid 1989, pág 1178. Tomo II.

El deber jurídico del individuo consiste concretamente en un deber de omisión u abstención, y con el fin de poder dar una visión más amplia de este concepto, me permito enunciar la concepción que de él tiene la Enciclopedia Jurídica Omeba:

"El caso de personas que, por razón de su profesión y oficio, tienen la oportunidad de conocer ciertas circunstancias relacionadas con el procesado o el crimen reveladas por éste, pero a quienes bajo el amparo del secreto profesional se les exime del deber de prestar declaración. (...) El secreto profesional, las leyes en determinadas circunstancias, relevan a los profesionales, por razones fundadas en la forma de haber sabido los hechos, del deber de revelarlos aún tratándose de una investigación judicial; y más aún sancionan a quien descubre tales secretos." ³¹

Evidentemente estamos de acuerdo en que el deber de reserva consiste en la abstención de revelar una información, secreto, o verdad oculta que haya sido confiada a un individuo con motivo del desempeño de un empleo, profesión u oficio, sin embargo en este momento estamos vislumbrando una figura intrínsecamente relacionada con el tema, refiriendonos al Secreto Profesional que protege la divulgación de la información obtenida y compromete al profesionista a fin de responsabilizarlo en caso de revelación indebida de información que comprometa o pueda causar perjuicio en la

³⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo V, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1968, pág. 713.

³¹ Diccionario Jurídico Omeba. Op. Cit. pág. 692 y 293.

persona que confió esa información o de cualquiera que pudiera resultar dañado.

En base a lo anterior, el Diccionario Jurídico Omeba refiere:

"A fin de determinar quienes quedan involucrados por la obligación de guardar el secreto, genéricamente llamado profesional, corresponde que analicemos los términos del artículo transcrito. Como puede apreciarse, se ha dado un alcance demasiado amplio al término, ya que dentro del mismo incluye no sólo a profesionales propiamente dichos (especialmente médicos, abogados, etc.), sino también a todos aquéllos que en el desempeño de un empleo privado, (pues la violación de secreto por empleado o funcionario público es contemplada por el artículo siguiente), tienen la obligación de guardar reserva, ya que en la práctica de un arte u oficio o mientras ocupan un estado determinado, pueden penetrar dentro de muy especiales esferas de intimidad." ³²

Como se ha podido observar, cuando la información es indebidamente revelada por la persona que tuvo conocimiento de ella, por motivo de la labor que desempeña, se está violando el deber de reserva que tiene sobre ella y que se encuentra prohibida por la ley, esta conducta se convierte en un delito previsto y sancionado por la ley penal.

³² Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. Tomo XXVI, pág. 726.

Continuando con la doctrina, al respecto la Enciclopedia Jurídica Omeba comenta:

"Violación de secretos. Se ha repetido muchas veces que la libertad personal lleva implícito el derecho de guardar reserva sobre todos o algunos aspectos de la vida del individuo (sentimientos, actividades, padecimientos, etc.) y la sanción prevista por el Código Penal contribuye a la protección de esa esfera de la intimidad (...) En otros aspectos, las disposiciones penales que estudiamos se ajustan, al igual que las del Código derogado, al sistema clásico, y castigan no sólo la intrusión en la esfera de los secretos ajenos sino también la revelación o propalación hecha, en cualquier forma, de los mismos. Entre estas dos fases del delito media gran diferencia, pues aunque la infracción igualmente existe, una cosa es "informarse", vale decir llegar al conocimiento personal de un secreto sin divulgarlo y otra es "informar", o sea dar trascendencia más o menos pública a ese secreto." ³³

Además la doctrina sostiene que existe cierto grado de relación entre la revelación indebida y la documentación, sobre ello indica la Enciclopedia en comentario:

"La revelación del secreto tiene algunos puntos de contacto con la documentación, pero se diferencia netamente de ello. En este sentido, el conocimiento es transmitido como la comunicación directamente a persona o

³³ Enciclopedia Jurídica Omeba, Op. Cit. pág. 724.

personas determinadas, pero nunca con carácter confidencial o destinado a permanecer secreto como aquella y menos aún quienes lo reciban tengan un derecho contractual o legal con el titular para imponerse del secreto. Basta, por consiguiente, que éste se dé a conocer sin una causa legítima que lo autorice y sin la condición de que permanezca en la esfera íntima del recipiendario para que haya revelación y por tanto pérdida de novedad del secreto." ³⁴

Como obligación profesional. el deber de reserva, tiene una denominación específica llamada Secreto Profesional, esta figura jurídica analizada por la doctrina nos aporta nuevos elementos, por ello se mencionan los diversos criterios que compila el Maestro Eduardo Pallares en su obra:

"Secreto Profesional.- Guasp lo define de la siguiente manera: "Es aquella necesidad, Jurídicamente exigible, en que se encuentran ciertas personas, por razón de sus actividades profesionales, de omitir toda revelación directa o indirectamente, de las noticias que adquieren de tal modo (También, por lo tanto de las que no le sean confiadas) ":Afirma que el secreto profesional constituye una obligación jurídica, legalmente exigible, por quien reveló el secreto y que su vulneración da lugar, bien a sanciones penales o a disciplinarias." (...)Por otra parte el autor Carlos Lessona se refiere en la siguiente forma: La Ley penal, dice, castiga a "cualquiera que teniendo noticia por razón del propio estado u oficio, o de su profesión o arte,

³⁴ Ibidem. Tomo XXV, 1976, pág. 230.

revela un secreto que pueda causar perjuicio sin tener causa legítima para ello." Ahora bien, el ser llamado a declarar un testigo sobre hechos cuyo conocimiento tiene por virtud de secreto profesional, será causa justa para revelarlos. La doctrina penal más autorizada declara; a) Que la revelación del secreto profesional hecha como testigo no constituye el delito de revelación de secreto; b) Que, sin embargo, la obligación del secreto profesional exime, lo mismo en materia civil que en la materia penal, de declarar si la disposición ha de constituir el hecho de revelación del secreto profesional.."

En este mismo sentido Carlos Lessona reconoce: "Más completo es el sistema austriaco. El reglamento vigente, prohíbe que sean oídos como testigos, considerando como incapaces a los sacerdotes, en cuanto que se les hubiere confiado en confesión o de otro modo, bajo sigilio de oficio eclesiástico; los empleados del Estado, si en su declaración pueden violar el secreto de oficio que a ellos incumbe, salvo en casos de estar dispensados del secreto por sus superiores jerárquicos..."³⁵

De los criterios expuestos, destacan como características importantes: La necesidad jurídicamente exigible que tienen ciertas personas, para omitir la revelación o divulgación de informes o verdad obtenida en razón de la profesión, arte u oficio que desempeñen; De igual manera es importante reiterar, como apunta el propio Carlos Lessona que, como condición necesaria se encuentre ligada la reserva o secreto con el perjuicio que con su revelación

³⁵ PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 19a. Edición. Editorial Porrúa, México 1990. págs. 721 y 723.

pueda causar a quien lo confió o bien a un tercero que pudiera resultar afectado con la revelación, sin que medie una causa legítima para ello.

Por otra parte y al referirse Lessona a la revelación del secreto profesional por parte de funcionarios del Estado, manifiesta que no constituye propiamente una violación al secreto, cuando estos se encuentren dispensados para hacerlo por sus propios superiores jerárquicos.

Sobre el Secreto Profesional, El Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas, nos aporta el siguiente concepto:

"Secreto Profesional.- Gramaticalmente hablando, secreto es lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto... () Etimológicamente, Secernere hace alusión a una separación, es decir, a una cosa asilada, y rodeada de obstáculos para impedir sea conocida pero a pesar de que el secreto sea entendido como algo no destinado al libre conocimiento de todos o como noticia restringida, cuando menos a la sapiencia de unos cuantos y cuya difusión entre los demás es susceptible de originar un perjuicio. " ³⁶

De la cita anteriormente descrita, se destaca que se trata de una situación que limita su conocimiento hacia la generalidad, ya que al encontrarse restringida sólo unos cuantos tienen acceso a su conocimiento, y la simple difusión puede ocasionar un perjuicio.

³⁶ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2a. Edición. Editorial Porrúa, México 1988, pág. 2876.

2.2. NATURALEZA JURIDICA

Al referirse al deber de reserva como deber jurídicamente exigible es indispensable determinar cual es su naturaleza jurídica y cual es el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

Así pues, el delito de revelación de secretos o comunicación reservada, encuentra su naturaleza jurídica en la protección y seguridad que garantiza la libertad individual de una persona frente a otra a quien confió una verdad reservada, con motivo del desempeño de un empleo, o comisión, así como la inviolabilidad de la esfera íntima del sujeto pasivo y que tienda a evitar cualquier daño o perjuicio derivado de la revelación o comunicación.

El secreto, comunicación reservada o verdad restringida es otorgada o confiada por una persona a otra con motivo del desempeño de una profesión, arte, oficio u empleo. Para lo cual se requiere la existencia de un nexo causal entre la situación personal y el conocimiento de la información que se revela.

Situación distinta es aquella que resulta de la información reservada obtenida de manera ilícita, sea robo, abuso de confianza, o fraude, pues la revelación puede concurrir con la acumulación de ese otro delito.

Además, como advierte el Doctor Raúl Carrancá y Trujillo:

"No es necesario que quien revele el secreto o comunicación reservada se encuentre desempeñando el empleo, cargo o puesto en el momento mismo de la revelación, pudiendo ser hecha está cuando ya no lo desempeñe." ³⁷

Por otra parte el medio de llevar a cabo la revelación indebida puede consistir en una conducta positiva (comisión) o bien por una conducta negativa (omisión), ya sea cuando el sujeto activo efectuó directamente la revelación o bien cuando no se oponga al exámen o revisión indebida de documentos reservados.

Por su carácter privado es necesaria querrela de parte ofendida para la persecución de este tipo de delitos.

La ley penal protege a través de sus diferentes tipos penales*, una serie de bienes jurídicos que son de suma importancia para los individuos y cuya protección permite garantizar la seguridad o paz social (vg. vida, seguridad jurídica, integridad física, moral o mental, etc), esta tutela se ejerce directamente por el Estado.

En el caso de deber de reserva el bien jurídicamente tutelado consiste en proteger el secreto, información o verdad reservada para que la persona que

³⁷ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Código Penal Anotado, 15a. Edición, Editorial Porrúa Hnos y Cía. México 1990, pág. 512.

(*) Descripción Legal de los Delitos, realizado por el Estado.

hubiera tenido acceso a ella, por razón de su profesión, oficio u empleo, se abstenga de revelarlo o divulgarlo sin que medie causa legítima.

2.3 CONFIGURACION DEL DELITO.

Independientemente de la forma en que sea designada la figura jurídica en estudio, (revelación de secretos, comunicación reservada o responsabilidad penal técnica, etc.) todas ellas implican el incumplimiento a un deber que por razón de la labor que desempeñan tienen la obligación de guardar escrupulosamente ciertas personas, pues su violación, incumplimiento o desacato constituye un peligro para la seguridad personal o jurídica del ofendido o de un tercero. El perjuicio puede ser potencial o real, material o moral.

El Código Penal para el Distrito Federal dedica su Título Noveno a la "Revelación de Secretos" y en su artículo 210 define el tipo básico en mención, y del que específicamente nos referimos en el punto 2.4 de este capítulo, asimismo establece los elementos que configuran el delito en estudio.

Previene el artículo 210 del Código Penal:

- " a).- Al que sin justa causa;
- b).- Con perjuicio de alguien;
- c).- Y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele:
- d).- Algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido;
- e).- Con motivo de su empleo, cargo o puesto."

La configuración de todos estos elementos en su conjunto constituye una conducta antijurídica prevista y sancionada por la ley punitiva, además de que actualiza los aspectos positivos del delito (conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, y punibilidad). Debido a la relación intrínseca que existe entre este tema y el previsto en el punto 2.5 de este capítulo, se reserva su exámen posterior.

2.4 TIPO GENERICO

El derecho penal como conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente o infractor, son el producto de la necesidad propia del Estado, de dar a la población una disciplina coactiva y una tutela eficaz, con el fin de asegurar la observancia del orden social necesario de un país.

Así el Derecho Penal surge como regulador de la conducta humana, procurando una convivencia social más sana, al respecto el Doctor Fernando Castellanos nos amplía el concepto de Derecho Penal diciendo:

"El Derecho penal es la rama del Derecho Público Interno, relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tienen por objeto la creación y conservación del orden social. El Derecho Público entendiéndose como el conjunto de normas que rigen relaciones en donde el estado interviene como soberano, a diferencia del Derecho Privado; regulador de situaciones entre particulares." ³⁸

De lo anterior se deduce que para que la Ley pueda aplicarse, es necesario que se encuentre en un precepto legal, y que en el presente caso por tratarse

³⁸ CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 31a. Edición, Editorial Porrúa, México 1992, pág. 19.

de la materia penal, requiere de una figura o tipo penal exactamente aplicable al hecho o acto delictuoso.

Sin embargo las normas penales no se limitan únicamente al Código Penal, pues existen situaciones previstas y reguladas punitivamente por ordenamientos jurídicos no penales o especiales.

En lo referente a este punto, el Doctor Castellanos señala:

"La afirmación de que sólo la ley es fuente del Derecho Penal no debe interpretarse en el sentido - que sería erróneo -. de identificar la ley penal con el Código Penal, el cual sin duda alguna, constituye la más importante y más rica Ley Penal, pero no la única. Al lado del Código Penal de 1931 para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, existen múltiples disposiciones penales en otros cuerpos legislativos; por eso el artículo 6o. del propio ordenamiento preceptúa: "Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una Ley especial, se aplicará esta, observándose las disposiciones conducentes de este Código." ³⁹

A fin de determinar en que consisten las Leyes Especiales, me permito citar el concepto sostenido por el Profesor Ignacio Burgoa al respecto.

³⁹ CASTELLANOS, Fernando. Op. Cit. pág. 82.

"Leyes Especiales.- Son las que rigen una situación abstracta determinada, ostentando las notas esenciales de toda ley como son la abstracción, impersonalidad y generalidad. Las Leyes especiales crean, extinguen o modifican un estado general determinado en que las personas y sus actividades pueden estar colocadas. Por ejemplo: Leyes Especiales son: El Código de Comercio, la Ley de Sociedades Mercantiles, La Ley de Instituciones de Fianzas, La Ley del Impuesto sobre la Renta, etc. (...) En efecto, la especialidad de una ley se contrae a la determinación de una situación jurídica, la cual es abstracta general, impersonal y compuesta por individuos indeterminados en número e indeterminables bajo este aspecto desde el punto de vista de la futuridad..."⁴⁰

Deduciendo, no se niega la aplicación de normas de carácter especial no previstas por la Ley penal, sin embargo requieren como requisitos sine qua non las generalidades de cualquier ley, abstracción, generalidad e impersonalidad, y que su aplicación se realice a aquellos sujetos que se encuentren en la situación o estado general determinado por la ley y acorde a las actividades que regula.

Una vez que se han expuesto los lineamientos legales que fundan la aplicación de leyes sancionadoras, procederemos a enunciar el dispositivo legal contenido en el artículo 210 del Código Penal para el Distrito Federal y su relación con nuestro tema.

⁴⁰ BURGOA O. Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo. 2a. Edición. Editorial Porrúa, México 1989, pág. 268.

"Artículo 210.- Se aplicará multa de cinco a cincuenta pesos o prisión de dos meses a un año al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto." ⁴¹

La Sanción prevista en este delito es alternativa, es decir, puede consistir en prisión o en multa, de tal suerte que es el Juzgador quien en base a las facultades que le otorgan los artículos 51 y 52 del mismo ordenamiento, puede elegir entre una u otra sanción.

El delito en estudio, como se ha referido con anterioridad se basa, al igual que todos los tipos penales, en el principio de la estricta legalidad penal, esto significa, que la ilicitud del acto o hecho necesariamente debe encontrarse prevista en un ordenamiento legal, "NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE", es decir la rigidez de este principio tiende a garantizar la libertad humana contra posibles arbitrariedades del juzgador que derivaran de una interpretación analógica de la ley penal, pudiendo crear delitos no tipificados legalmente, de esta manera este principio garantiza la exacta aplicación de la ley penal.

Por otra parte, la ley protege la libertad individual contra actos violatorios que lesionen la esfera jurídica de las personas, así que refiriendose a la

⁴¹ Código Penal para el Distrito Federal. 50a. Edición. Editorial Porrúa, México, 1993.

revelación de secretos, la ley penal protege a la persona física o moral que confía determinada información de carácter reservado a otra en virtud de la labor desempeñada por éste último, y lo obliga para que se abstenga de revelarla sin que exista una causa justa, pues prevé que la revelación indebida puede ocasionar perjuicios para el sujeto pasivo o bien para algún tercero que pueda resultar comprometido por la revelación.

Ahora bien, al referirnos a información reservada se debe considerar su carácter restringido, que no supone al confiarse al sujeto activo, que deba hacerse del dominio público o que se encuentre al libre conocimiento de los demás, pues la divulgación que se realice puede producir efectos negativos en el ofendido o en cualquier otra persona.

2.5 ELEMENTOS DEL DELITO

a).- Normativos.

Como todo tipo penal, la revelación de secretos contiene una serie de elementos que constituyen propiamente el cuerpo del delito, elementos normativos, así como elementos objetivos que constituyen las condiciones propias de cada concepto, por lo que para poder aportar una visión más amplia de estos puntos, es necesario analizarlos separadamente.

El artículo 210 del Código Penal para el Distrito Federal establece los elementos normativos que constituyen el tipo penal de "Revelación de Secretos" y que consisten en:

- 1) Al que sin justa causa;
- 2) Con perjuicio de alguien;
- 3) Y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado;
- 4) Revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido;
- 5) Con motivo de su empleo, cargo o puesto.

Al respecto el Doctor Raúl Carrancá y Trujillo clasifica a los elementos normativos de la revelación de secretos, en la siguiente forma:

"Elementos del Tipo:

- a).- Revelar un secreto o comunicación secreta, conocidos con motivo del desempeño de un empleo, cargo o puesto cualquiera;
- b).- Que la revelación se haga sin el consentimiento de la persona a quien afecta directa o indirectamente el secreto o la comunicación revelados, y con perjuicio del propio afectado directa o indirectamente o de cualquier persona; y
- c).- Que el agente haya querido, al hacer la revelación, violar el secreto, aún cuando no se haya propuesto causar el daño resultante."⁴²

No obstante esta clasificación, el Doctor Carranca y Trujillo complementa con las siguientes consideraciones:

"La ausencia de justa causa constituye un elemento normativo que califica el injusto dolo específico valorable por el juez en uso de su arbitrio responsable. (...) constituye justa causa la existencia de una norma legal. Esta pueda ser imperativa, como la que impone a los médicos la obligación de denunciar las enfermedades contagiosas, los envenenamientos, las lesiones u homicidios en los que hubieren prestado sus servicios profesionales; (...) Por otra parte la norma legal puede ser permisiva, si dispensa el secreto en razón del interés público, por humanidad o por prestar un servicio a una persona con la que se esté ligado por vínculos afectivos o de parentesco. También constituyen justa causa el consentimiento del interesado, conforme al texto

⁴² CARRANCA Y T. Op. Cit. pág 512.

propio del artículo comentado (...) la necesidad de defender el buen nombre profesional, la necesidad de salvarse o de salvar a otro en los términos configurados por la excluyente del estado de necesidad como p.e., la revelación que hiciera el médico a una mujer sobre que su futuro marido padece una enfermedad grave, contagiosa e incurable; y asimismo "la causa razonablemente creída justa según la moral social o en servicio de un alto interés público."

De igual manera sostiene que la revelación del secreto o comunicación reservada consiste en hacerlos conocer a otro, aunque sea a una sola persona y en forma confidencial. Y que no constituye revelación el dar a conocer un hecho conocido de muchas personas en un proceso.

Sin embargo al referirse al aspecto del ofendido, manifiesta que el texto legal es un tanto confuso ya que señala por una parte que la revelación se haga con "perjuicio de alguien" o sea causandose perjuicio a alguna persona; y por otra parte que se haga sin el consentimiento "del que pueda resultar perjudicado", o sea que el perjuicio sólo se pudiera causar o sea sólo amenazar, al perjudicado directo o indirecto. Como el delito se consuma por el hecho de la revelación perjudicial del secreto, lo que constituye su núcleo, el que el perjuicio amenace a alguno o el que se consume para otro no afecta el núcleo del Tipo.

Finalmente considera, que el objeto jurídico del delito consiste: En la libertad individual a virtud de la cual el ofendido esta garantizado frente a la posesión que otro tiene del secreto. Delito de lesión, doloso, se consuma por el hecho mismo de la revelación, no siendo configurable la tentativa. Sujeto activo puede serlo cualquiera; pero cuando lo son el profesionista, el científico, el industrial, el funcionario o empleado público, la calificativa de estos sujetos da lugar a una agravación de la pena (Art.211 C.P.) Pasivo: lo es la persona física o moral perjudicada con la revelación." ⁴³

b).- Elementos Objetivos.

Por lo que respecta a los elementos objetivos del delito estos son:

- a).- El Secreto;
- b).- La Revelación;
- c).- Que sea sin justa causa; y
- d).- Que exista la posibilidad de causar un perjuicio.

Con el objeto de ilustrar al lector, me permito definir el concepto que de cada uno de ellos, realiza la Enciclopedia Jurídica Omeba:

- a).- Secreto.- El carácter de secreto deriva lógicamente de la naturaleza de las noticias dadas a conocer, en cuanto se trata de hechos y

⁴³ CARRANCA Y T. Op. Cit. pág. 511 y 512.

circunstancias que hacen suponer razonablemente al personal la obligación de mantenerlos en secreto o de la voluntad del titular de conservarlos como tal.

- b).- Revelación.- Cuando se da a conocer el secreto por cualquier medio a una o más personas sine jure, resultando indiferente que trascienda o no a la esfera íntima del que lo recibe. Pero de haberse hecho con la indicación expresa de mantener el secreto, que en este caso no se presume y que debe ser probado por quien lo invoca, no habría ya "revelación", sino simplemente "comunicación". La ausencia de dicha condición en la transmisión del secreto importa de tal modo, en todos los casos "revelación", aún cuando el recipiendario hubiera decidido guardar el secreto para sí..."
- c).- Sin Justa causa.- La ausencia de la justa causa transforma en ilegítima la revelación que se diferencia netamente de la ilegitimidad intrínseca del delito, desde que esta debe ser comprobada como elemento autónomo.
- d).- La Posibilidad de causar un perjuicio.- ...Basta la simple posibilidad de que por la "revelación" se siga un perjuicio, patrimonial o no, para que se tenga por perpetrado el delito, (...) como su elemento subjetivo el dolo, es suficiente para determinar que es un acto consciente sin la consiguiente necesidad de buscar un elemento intencional específico."

El análisis comparativo entre ambos tipos de elementos permiten observar que esencialmente expresan los mismo conceptos y que reafirman la naturaleza jurídica del Deber de Reserva, como figura reguladora de la libertad y seguridad privada.

⁴⁴ Diccionario Jurídico Omeba, Op. Cit. pág. 232 al 234.

2.6 SANCIONES

El artículo 210 del Código Penal para el Distrito Federal establece un tipo básico o genérico del delito de Revelación de Secretos para el que señala una penalidad consistente en:

- a). Multa de cinco a cincuenta pesos; o
- b). Prisión de dos meses a un año.

Sin embargo el artículo 211 del mismo ordenamiento establece un subtipo con penalidad agravada en los siguientes casos:

"Artículo 211.- la sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos, o por funcionario o empleado público, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial."

De lo anterior, se deduce la siguiente penalidad;

- a). Prisión de uno a cinco años, o
- b). Multa de cincuenta a quinientos pesos; y
- c). Suspensión de profesión, en su caso, de dos meses a un año.

Este artículo, como se advierte, atiende directamente al elemento subjetivo del delito, es decir, el sujeto activo del ilícito, que necesariamente califica en profesionalista, técnico, funcionario o empleado técnico; o bien que el secreto sea de carácter industrial, aunque el sujeto activo no sea necesariamente uno de los señalados.

En ambos dispositivos, la pena tratándose de prisión o multa es alternativa, esto significa, que el juzgador puede elegir según la facultad que le conceden los artículos 51 y 52 del Código Penal entre una y otra, no ambas.

No obstante sí es acumulable la suspensión de profesión, en su caso, con cualquiera de las sanciones anteriores.

CAPITULO III

**EL DEBER DE RESERVA EN LA LEY DE
INSTITUCIONES DE CREDITO**

CAPITULO III
EL DEBER DE RESERVA EN LA LEY DE
INSTITUCIONES DE CREDITO.

**3.1 LA REVELACION DE SECRETOS EN LA LEY
REGLAMENTARIA DEL SERVICIO PUBLICO DE
BANCA Y CREDITO.**

La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito del 14 de Enero de 1985, consignaba bajo su capítulo tercero intitulado "De los delitos", una serie de disposiciones prohibitivas entre las cuales se encuentra el deber de reserva o secreto, materia de la presente investigación, por ello con el fin de plantear las particularidades de esta figura vinculadas con su carácter de servicio público, es menester señalar expresamente los artículos relativos al delito que nos ocupa:

El artículo 93 de la Ley en comento dispone:

"Artículo 93.- Las instituciones de crédito en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quienes tenga otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio, salvo

cuando las pidieren, la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado y las autoridades hacendarias federales por conducto de la Comisión Nacional Bancaria, para fines fiscales. Los servicios públicos de las instituciones de crédito serán responsables, por violación del secreto que se establece y las Instituciones estarán obligadas en caso de revelación del secreto a reparar los daños y perjuicios que se causen.

Lo anterior, en forma alguna afecta la obligación que tienen las instituciones de crédito de proporcionar a la Comisión Nacional Bancaria toda clase de información y documentos que, en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, les solicite en relación con las operaciones que celebren y los servicios que presten." ⁴⁵

En primer lugar es preciso establecer que la actividad bancaria se encuentra regulada por una rama del derecho, siendo esta la bancaria, y que en Concepto del Diccionario Jurídico Mexicano consiste en:

"Conjunto de normas que regulan las actividades de las Empresas Bancarias que realizan en masa la intermediación en operaciones de crédito. Se refiere a tres aspectos distintos: a) los sujetos bancarios, en cuanto a su estructura y funcionamiento; b) las operaciones bancarias; y c) los objetos bancarios (...) Se considera al derecho bancario como un conjunto de normas especiales formando parte del derecho comercial." ⁴⁶

⁴⁵ Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito. 37a. Edición, Editorial Porrúa, México 1992. pág. 82.

Del concepto anterior se desprende, que el derecho bancario surge como regulador de las actividades que realizan las Instituciones de Crédito como intermediarios o bien de las Operaciones Bancarias que realizan con los particulares.

Sin embargo, la propia ley establece casos de excepción, ya que independientemente de las personas antes mencionadas, también permite le sea proporcionada información a la Autoridad Judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado, asimismo a las Autoridades hacendarias federales, en materia fiscal, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria.

En este último párrafo se menciona a la autoridad judicial y a la hacendaria, no obstante valdría la pena aclarar, que también algunas dependencias públicas tales como la propia Procuraduría General de la República y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en múltiples ocasiones requieren de solicitar a la Comisión Nacional Bancaria, informes de las Instituciones de Crédito, con el fin de realizar diligencias de Averiguación Previa relacionadas con la posible comisión de un delito. (Vg. Robo, Fraude, Abuso de Confianza, etc.)

Debido a su importancia, este tema se reserva para su análisis posterior como punto central del Capítulo 3.3 del presente trabajo.

⁴⁶ Diccionario Jurídico Mexicano. 3era. Edición. Editorial Porrúa, México. 1989, págs. 948 y 949.

Por otro lado, como lo menciona el artículo 93 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, los servidores públicos de las Instituciones de Crédito serán responsables en términos de esta ley, por violación a este deber y las Instituciones de Crédito estarán obligadas en caso de revelación, a reparar los daños y perjuicios que se causen.

Como se observó con antelación, a consecuencia de la estatización de la actividad bancaria nacional, al convertirse ésta en un servicio público prestado por el estado, los funcionarios y empleados bancarios adquirieron la calidad de servidores públicos, por esta razón la ley bancaria al referirse al deber de reserva o secreto y de su incumplimiento, prevé que puedan generarse diversos tipos de responsabilidad, verbigracia Civil; Penal, Administrativa y Bancaria.

En Materia Penal como se advirtiera con anterioridad esta conducta ilícita se encuentra prevista y sancionada por el artículo 210 y 211 del Código Penal para el Distrito Federal.

Por lo que respecta a la responsabilidad administrativa esta se encontraba regulada tanto por los artículos 108 párrafos I y III de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como por el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

En primer término consideró nuestra Carta Magna como servidores públicos a los empleados bancarios y a todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales.

Respecto al artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores públicos, establece:

"IV.- Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, conserva bajo su cuidado o a la cual tenga acceso..."⁴⁷

Finalmente por tratarse de una Ley especial, es necesario aclarar que en caso de revelación indebida de la reserva bancaria, el servidor público debía ser sancionado de acuerdo a lo establecido por la propia Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito en sus artículos 93 y 94, independientemente de iniciar o no querrela por responsabilidad penal.

Esta Ley tuvo vigencia hasta el día 18 de Julio de 1990, fecha en que fué abrogada por la actual Ley de Instituciones de Crédito.

A través del desarrollo del presente trabajo, hemos podido observar que la tradición ha impuesto al banquero una obligación de discreción respecto de las operaciones y de los negocios que lo vinculan con su cliente, esta discreción, sigilio o reserva constituye la condición básica para que las

⁴⁷ Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Editorial Porrúa. México 1989, pág. 1.

relaciones entre el cliente y el banco se puedan desarrollar en forma eficiente. En primer lugar porque el usuario o cliente que acude a una institución de crédito espera de esta una discreción sobre las operaciones que realiza y los hechos que revela, sin embargo considero que es impreciso el artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, ya que no sólo se debe guardar reserva sobre las operaciones o servicios que presten sino en general sobre toda la información obtenida antes o después del servicio u operación realizada.

Sobre este punto el Profesor Mario Bauche Garcíadiego considera:

"La costumbre quiere que el banquero asuma una obligación de discreción en todas sus relaciones con sus clientes, que abarca desde la etapa contractual, es decir, en el período en que no se concretan negocios con el cliente, sigue en la etapa típicamente negocial en que existe un vehículo jurídico convencional que proviene ya sea de un contrato típico, depósito, préstamo, etc., de un mandato o de una comisión y que persiste aún en la etapa postcontractual en la hipótesis de haberse concluído definitivamente el negocio (...) No es preciso que quien se confía en un banco sea cliente permanente. Una operación ocasional es suficiente para justificar el secreto. Aunque no exista el negocio, el simple contacto con un sujeto que con vistas a realizar una operación revela ciertos hechos, es suficiente para obligar al depositario de esa confidencia." ⁴⁸

⁴⁸ BAUCHE, Garcíadiego Mario. Operaciones Bancarias. 2da. Edición. Editorial Porrúa, México 1974, pág 358-359.

Analógicamente es acertada esta teoría, toda vez que el deber de reserva no sólo implica secreto con las operaciones realizadas o los servicios prestados, sino que además es extensivo a los actos precontractuales y postcontractuales, ya que pudiera resultar que de los informes obtenidos durante esos lapsos, se diera el delito o la revelación indebida. Asimismo no es requisito indispensable que el cliente sea permanente, pues efectivamente una operación aislada u ocasional obliga a este deber.

3.2 LA REVELACION DE SECRETOS EN LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de Julio de 1990, la Ley de Instituciones de Crédito, tiene por objeto regular el servicio, organización y funcionamiento de las -reprivatizadas- Instituciones de Crédito, como consecuencia se abrogó la anterior Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, debido a que esta actividad había dejado de ser considerada área prioritaria del Estado y de que nuevamente estuvo en aptitud de ser concesionada a particulares.

En apego a la literalidad del término "Concesión" el Diccionario de la Lengua Española, lo define como:

"Otorgamiento gubernativo a favor de particulares o de empresas, bien sea para apropiaciones, disfrutes o aprovechamientos privados en el dominio público, según acontece en minas, aguas o montes, bien para construir o explotar obras públicas, o bien para ordenar, sustentar o aprovechar servicios de la administración general o local." ⁴⁹

En este mismo sentido para Henri Capitant, la concesión se considera como:

⁴⁹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 20a. edición, Editorial Espasa-Calpe Madrid 1984, Tomo I, pág. 353.

"La palabra concesión viene del latín *concesio*, derivada de *concedere*, *conceder* "Término genérico que califica diversos actos por los cuales la Administración confiere a personas privadas ciertos derechos o ventajas especiales sobre el dominio del Estado, o respecto del público, mediante sujeción a determinadas cargas y obligaciones. La mayoría de las veces tales derechos implican el ejercicio de ciertas prerrogativas administrativas." ⁵⁰

Sin embargo para el Profesor Andrés Serra Rojas la Concesión es:

"La Concesión Administrativa es un procedimiento discrecional eficaz dentro de la estructura de la sociedad moderna, para entregar a los particulares ciertas actividades o la explotación de bienes federales que el Estado no esta en condiciones de desarrollar por su incapacidad económica, o porque así lo estima útil o conveniente, o que se lo impide su propia organización." ⁵¹

En consenso con esta última aportación, la concesión consiste en el acto por el cual el Estado confiere en favor de los particulares el derecho para explotar o aprovechar ciertas actividades o bienes, ya sea porque el estado carece de la capacidad económica para desarrollarla o bien por considerarlo útil.

⁵⁰ SERRA ROJAS, Andrés. *Derecho Administrativo*. 14a. edición. Editorial Porrúa. México 1988. Tomo II. pág. 281.

⁵¹ *Ibidem*. pág. 283.

Acorde a la exposición de motivos del Decreto de Reprivatización Bancaria del 2 de Mayo de 1990, antes mencionada, la concesión de la actividad bancaria, se dió como resultado de la incapacidad económica del Estado para continuar sosteniendo una empresa que le hacía descuidar otros sectores de desarrollo, y porque la realidad social demostraba al Estado que su incursión al sector bancario había sido un error que lejos de fomentar la riqueza nacional había provocado la incompetitividad y el rezago económico.

Con la Reprivatización bancaria surge la necesidad de crear una legislación acorde con los nuevos lineamientos económicos y de acuerdo con su nueva estructura. Esta nueva ley denominada Ley de Instituciones de Crédito dividida en siete títulos, dedica su atención a la figura jurídica materia del presente trabajo, en su título sexto al que denomina "De la Protección de los Intereses del Público" contenidos específicamente en los artículos 117 y 118.

Sobre el deber de reserva, la nueva ley no realiza cambios sustanciales, sin embargo cabe mencionar que esta Ley a diferencia de la anterior no ubica dentro de su capítulo a los servidores públicos, toda vez que con la privatización, ya no se consideran como servidores públicos, por lo que en consecuencia ya no están sujetos a la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

a).- De la protección de los Intereses del Público.

La Ley de Instituciones de Crédito, destina el Título Sexto a la Protección de los Intereses del Público y especialmente al referente al Deber de reserva o secreto, por lo que enseguida, se procede a transcribir y comentar los artículos relativos a nuestro objeto de estudio.

"Artículo 117.- Las Instituciones de crédito en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quienes tenga otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio, salvo cuando las pidieren, la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado y las autoridades hacendarias federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria, para fines fiscales. Los empleados y funcionarios de las Instituciones de Crédito serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación del secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen.

Lo anterior, en forma alguna afecta la obligación que tiene las instituciones de crédito de proporcionar a la Comisión Nacional Bancaria, toda clase de información y documentos que, en el ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, les solicite en relación con las operaciones que

celebren y los servicios que presten." ⁵²

El dispositivo anterior, establece como norma general la reserva o imposibilidad de las Instituciones de Crédito-abarcando tanto a funcionarios como empleados-, para difundir o dar a conocer información o noticias sobre los depósitos, servicios o cualquier otro tipo de operaciones que se realicen en las mismas.

Se entiende que el deber de reserva o secreto se hace extensivo a cualquier operación o servicio bancario. (Vg. depósitos, créditos de cualquier tipo. fideicomisos, etc.)

Concretamente el deber de reserva o secreto en la prestación de servicios bancarios, se puede definir, como la obligación jurídica que tienen las Instituciones de Crédito -entendiéndose empleados o funcionarios-, de abstenerse para proporcionar noticias o información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones que en ellas se realicen, con excepción de que dicha información sea requerida por el titular, beneficiario, deudor o representante legalmente autorizado o bien, cuando sea solicitada por su autoridad judicial en virtud de providencia dictada en su juicio en el que el titular sea parte o acusado y por las autoridades hacendarias federales. debiendo requerir esta información a través de la Comisión Nacional Bancaria, para efectos fiscales.

⁵² Ley de Instituciones de Crédito (Legislación Bancaria). 38a. Edición. Editorial Porrúa, México 1992, pág. 39-40.

Este precepto lleva implícita la intención del legislador de evitar numerar todas y cada una de las operaciones realizadas por las instituciones bancarias, que con su constante evolución pudiera crear impresiones en la ley, por ello, al designar "o cualquier tipo de operaciones", se hace extensivo este deber ante cualquier operación bancaria que con su revelación indebida pudiera ser lesiva en los derechos del titular.

Por otra parte, el dispositivo en análisis prevé como personas autorizadas para recibir noticias o informes de las operaciones bancarias, a la siguientes:

- El depositario, deudor, titular o beneficiario; o bien
- Al Representante Legalmente autorizado o a quienes tengan otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio.

Respecto a las personas autorizadas para recibir información, esta Ley al igual que la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito prevé a las siguientes: Depositante, deudor, titular o beneficiario, representante legal o a quienes tenga otorgado poder para disponer de la cuenta o servicio bancario.

En contrapartida también se consideran autorizados para obtener información reservada tanto a la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado o bien para efectos

fiscales, a las Autoridades Hacendarias Federales, debiendo solicitarla por conducto de la Comisión Nacional Bancaria.

Por su parte el artículo 118 del mismo Ordenamiento dispone:

"Con la salvedad de toda clase de información que sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, la violación del secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, incluso ante las autoridades o tribunales en juicios o reclamaciones que no sean aquellos entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa, constituirá a esta en responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las responsabilidades penales procedentes." ⁵³

En relación a este precepto el artículo 46 fracción XV de esta misma ley dispone:

"Artículo 46.- Las Instituciones de crédito sólo podrán realizar las operaciones siguientes:

....XV.- Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones." ⁵⁴

⁵³ Ley de Instituciones de Crédito, Op. Cit. pág. 40.

⁵⁴ Ibidem. pág. 16.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Al referirse el artículo 118 de la Ley de la Materia al Fideicomiso en términos de lo dispuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es necesario determinar en que consiste esta figura.

El artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala:

"En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destinara ciertos bienes a un fin lícito determinado encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria." ⁵⁵

Esperando obtener un concepto más claro sobre el fideicomiso, procede enunciar algunas definiciones sobre esta figura.

Para Joaquín Rodríguez y Rodríguez "El Fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual se atribuye al fiduciario la titularidad dominical sobre ciertos bienes con la limitación de carácter obligatorio de realizar sólo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin." ⁵⁶

Por su parte, Villagordoa Lozano establece en su obra: "El Fideicomiso es un negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite la

⁵⁵ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. 57a. Edición. Editorial Porrúa, México 1993.

⁵⁶ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. 6a. edición. Editorial Porrúa. México 1959, pág. 119.

titularidad de ciertos bienes y derechos al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y a ejercitar los derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario."⁵⁷

Por lo que respecta a la figura del fiduciario el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece:

"Sólo pueden ser fiduciarias las Instituciones expresamente autorizadas para ello conforme a la Ley General de Instituciones de Crédito".

De lo anterior, se deduce que el Fideicomiso es una figura mercantil por medio de la cual una persona física o moral llamada fideicomitente le encomienda a otra llamada fiduciaria la realización de determinados fines en beneficio de una tercera persona llamada fideicomisario, que también pudiera ser el mismo fideicomitente.

En relación al llamado secreto fiduciario, el Profesor Miguel Acosta Romero, realiza una interpretación bastante acertada al artículo 118 de la Ley de Instituciones de Crédito y, la que debido a su importancia a continuación se reproduce.

"Al utilizar la expresión -Incluso ante las Autoridades o Tribunales en juicios o reclamaciones- establece como excepción que esos procedimientos sean entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante

⁵⁷ VILLAGORDOA LOZANO, José M. Doctrina General del Fideicomiso. 4a. edición. Editorial Porrúa. México 1986, pág. 132.

en contra de las Instituciones o viceversa y al estar redactado el pronombre relativo -que-, como antecedente de los sustantivos -juicios o reclamaciones-. se podría dar a entender el absurdo de que los fideicomitentes, fideicomisarios, mandantes o comisarios no podrán pedir información a las fiduciarias, sino a través de juicio en contra del fiduciario, lo cual resulta inadmisibles pues el derecho a la información de las partes que concurren a un contrato es evidente y el secreto fiduciario no puede llegar a esos grados." ⁵⁸

Acorde con lo anterior, el propio Miguel Acosta Romero agrega:

"El secreto fiduciario es, en estricto sentido, una subespecie del secreto bancario, que a su vez constituye una subespecie del secreto profesional (...) El secreto bancario en general creemos que no debe aplicarse a las Instituciones fiduciarias, ya que a estos les es aplicable una regla de carácter especial." ⁵⁹

No obstante la diferenciación hecha por el Maestro Miguel Acosta Romero, considero que ambos tipos de reserva bancaria o fiduciaria comparten la misma naturaleza jurídica y tutelan el mismo objeto, ya que ambas tienen como objetivo evitar perjuicios en la honra o intereses de los relacionados o afectados con la revelación indebida de información sobre los depósitos u operaciones realizados por las Instituciones de Crédito, e imponer

⁵⁸ ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario. 4ta. Edición, Editorial Porrúa, México 1991, págs 427-428.

⁵⁹ ACOSTA ROMERO, Miguel. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. Edición del Banco Mexicano Somex, México 1982, págs 123 y 134.

tanto a funcionarios como empleados bancarios el deber de mantener una absoluta discreción y reserva sobre la información a la que tienen acceso por razón de su actividad.

Comparativamente la vigente Ley de Instituciones de Crédito y la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, en relación con el Deber de Reserva, muestran las siguientes diferencias:

- La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito destina su Título denominado "De las prohibiciones, sanciones Administrativas y delitos realizados por los servidores públicos, y específicamente dedica dentro de su capítulo III "De los delitos" al artículo 93 relativo al deber de reserva en la prestación de servicios bancarios; Y en forma separada bajo el Título y "De la Protección de los Intereses del Público", regula el secreto fiduciario.

- La actual Ley de Instituciones de Crédito bajo su Título Sexto denominado "De la Protección de los intereses del público" dedica sus artículos 117 y 118 al Deber de reserva bancario y fiduciario, respectivamente, ya que no contempla la figura del servidor público y no lo ubica dentro de su Capítulo de delitos.

De esta manera concluimos el punto relativo a la Protección de los Intereses del Público.

b).- Del Deber de reserva o guarda de Información por las Instituciones de Crédito, Empleados y Funcionarios.

Al referimos al Deber de reserva o secreto que tienen las Instituciones de crédito, en relación con la información confidencial que en estas se maneja, es necesario precisar qué es una Institución de Crédito y quién o quienes son los sujetos obligados al cumplimiento de este deber.

En primer término una Institución de Crédito es una sociedad Mercantil dirigida a prestar servicios de banca y crédito mediante la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente y las que la propia ley le permite.

Refiriéndose a la Institución de Crédito de Banca Múltiple podemos acotar; que se trata de una sociedad mercantil que se encarga de realizar conjuntamente la celebración de distintas operaciones bancarias y crediticias así como la prestación de servicios análogos. (Vg., depósitos bancarios de dinero, créditos hipotecarios, fiduciarios, capitalizaciones, etc.)

Para la Ley de Instituciones de Crédito, las Instituciones Bancarias de Banca Múltiple, son personas morales o jurídico-colectivas que se constituyen como Sociedades Anónimas en términos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sin embargo requiere para organizarse y operar como

Banca Múltiple, autorización del Gobierno Federal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión tanto del Banco de México como de la Comisión Nacional Bancaria, y se regularan por una ley de naturaleza especial denominada Ley de Instituciones de Crédito.

La Ley de Instituciones de Crédito en su Título Segundo, capítulo I prevé la existencia de los siguientes elementos personales en la Institución Bancaria como persona jurídico-colectiva:

- " a).- Accionistas;
- b).- Consejeros de Administración;
- c).- Comisarios;
- d).- Directores;
- e).- Gerentes;
- f).- Delegados Fiduciarios;
- g).- Funcionarios; y
- h).- Empleados." ⁶⁰

En atención a la literalidad del término empleado por la Ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 117, parte primera, no especifica que funcionarios o empleados están sujetos a guardar la reserva o secreto, pues únicamente designa a las Instituciones de Crédito, no obstante se infiere que se comprende en *latus sensu* a todo funcionario, accionista o empleado en

⁶⁰ ACOSTA ROMERO, Miguel, Op. Cit. pág. 7a9.

general que tenga información debido a la operación que celebran o al servicio que prestan en la Institución Bancaria. Y se manifiesta lo anterior, en virtud de que en las Operaciones y Servicios bancarios, intervienen diversos elementos humanos desde el que elabora o redacta un documento, el que lo revisa y finalmente el que lo autoriza. Esto implica que desde el Accionista principal de un banco o Director General hasta la archivista, cajero (a) o secretaria, tienen la obligación de mantener reserva y discreción en el manejo de la información que con motivo de la actividad desempeñada puedan obtener o a la que tengan acceso.

En otro orden de ideas, la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 93 también dispone:

"...en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, servicios o cualquier tipo de operaciones.."

Este dispositivo protege cualquier tipo de operación bancaria, es decir, a toda aquella información derivada de la operación bancaria celebrada o del servicio bancario prestado por la Institución de Crédito, haciéndose extensiva y no limitativa, ya que la propia ley tiene por objeto garantizar el derecho del titular a la seguridad individual sobre los actos que realiza y a su conocimiento restringido, con el entendimiento de que estas Instituciones no proporcionarán informes ni harán públicos esos actos, salvo en los casos que

la propia ley lo establece y sin que con ello se incurra en responsabilidad alguna para la propia Institución.

Para el profesor Miguel Acosta Romero, la finalidad del Secreto Bancario consiste en:

" 1.- Resguardar el respeto y la protección de las cuestiones privadas, en función de la confianza que las personas tengan con el banquero, para proporcionarles algunos datos que se consideran son datos a conocer a su banquero sólo por esta razón.

2.- Otra de las finalidades del secreto bancario es permitir la estabilidad de los sistemas bancarios, es decir, al haber confianza entre el público, éste proporcionará todos los datos e informes necesarios y en consecuencia, mantendrá su dinero y realizará sus operaciones con los bancos, bajo el entendimiento de que estos no proporcionarán informes, ni harán públicos esos datos, en muchos casos ni siquiera a las autoridades.

3.- Otra finalidad, que consideramos que es parte de la política monetaria de los países es la de que el secreto bancario ha sido utilizado como medio eficaz, para atraer capitales y de esa manera fortalecer la economía de cada país y como parte de la estrategia de política monetaria, dirigida fundamentalmente a dar garantías a los depósitos bancarios.

4.- Asimismo, forma parte del sistema de captación de ahorro externo; de un determinado sistema bancario, refiriendonos al caso de Suiza, cabe señalar que en la actualidad. Los 553 bancos que existían al mes de Julio de 1977 en ese país, tienen activos alrededor de ciento treinta y nueve mil millones de dólares, cifra impresionante, que en parte se explica por la existencia del secreto bancario. " ⁶¹

De lo expuesto, se deduce que el Deber de reserva en la prestación de servicios bancarios, adquiere una relevancia importantísima, pues el inversionista o usuario acude a una Institución bancaria que inspira su confianza, y de la que espera obtener una cuidadosa reserva en el manejo de información sobre las Operaciones que realiza, dando pauta para que aumente el nivel de inversión y permita su colocación entre el público, y que finalmente produzca activos para la Institución, objeto primordial de su actividad.

Resumiendo, la finalidad del Secreto o reserva estriba en la confianza como elemento principal, ya que es precisamente por la confianza entre los inversionistas o usuarios que recurren a una determinada Institución bancaria con el objeto de realizar alguna operación o bien de solicitar determinado servicio, con la seguridad de que la Institución bancaria tendrá el deber de guardar confidencialmente la información sobre la operación o servicio efectuados. Lo anterior implica que en base a esta seguridad o confianza del

⁶¹ ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. págs. 417-418.

público inversionista aumentará considerablemente el nivel de captación de capitales hacia los bancos.

c).- De la Violación del Deber de Reserva en la Actividad Bancaria.

Una vez expuesta la naturaleza jurídica y la finalidad del deber de reserva en la actividad bancaria, procederemos a analizar en el presente apartado la acción antijurídica, típica y punible derivada del incumplimiento o desacato al deber de reserva.

El artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, establece el final del primer párrafo, la responsabilidad en que incurren los empleados y funcionarios bancarios, en caso de violación al deber de reserva.

"....Los empleados y funcionarios de las Instituciones de Crédito serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas, en caso de revelación del secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen..."

Ciertamente la violación al deber de reserva o secreto bancario consiste en la revelación, divulgación, publicación o difusión de noticias, informes o documentos sobre las operaciones, depósitos o servicios afectuados por el

usuario, y sin que el sujeto activo tenga justa causa para ello, ocasionando con la revelación, un perjuicio para el titular o bien para quien resultará perjudicado con la revelación.

La inobservancia al deber establecido por el artículo 117 de la Ley en comento puede generar diferentes tipos de reponsabilidad ya sea Penales, Civiles, Administrativas y Bancarias.

La Violación al deber de reserva como delito o conducta ilícita contiene los elementos principales requeridos por la ley punitiva tales como: Antijuricidad; Tipicidad y Punibilidad.

En primer término es antijurídica, porque tal conducta contradice una norma legal establecida para regular y tutelar ciertos bienes y/o derechos.

Es típica, toda vez que la violación de este deber se encuentra debidamente prevista por la propia ley. (Código Civil, Penal y Bancaria)

Es punible, ya que se prevén determinadas sanciones cuando se actualiza la conducta ilícita, consistente en la violación del deber de reserva, es decir, cuando se realiza el ilícito, la ley establece que ésta conducta tiene que ser juzgada y condenada punitivamente.

El profesor Miguel Acosta Romero, refiere y expone que tipos de responsabilidad se pueden generar con motivo del incumplimiento a este deber y considera básicamente las siguientes: Penales, Civiles, Administrativas y Bancarias.

" a).- Los aspectos penales están regulados por los artículos 210 y 211 del Código Penal para el Distrito Federal y se concretan a la comisión de los delitos tipificados en dichos preceptos.

b).- El aspecto civil consiste en los daños y perjuicios que se ocasionen a los depositantes o cuentahabientes, por los funcionarios bancarios, con motivo de la violación de los contratos u obligaciones bancarias, en los que se establecen las operaciones y que, en consecuencia pudieran ser: violación de contratos o responsabilidades por actos ilícitos civiles, que se tradujeran en el consecuente pago de daños y perjuicios, que se hubieren ocasionado con motivo de la revelación indebida de estos datos o informes.

c).- Aspectos estrictamente bancarios del secreto. Contenido del Secreto bancario. No se ha precisado por la doctrina, el contenido del secreto bancario y estimamos debe hacerse a partir, anteriormente del artículo 105 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares." ⁶²

⁶² ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. pág. 418-419.

Por lo que respecta al aspecto administrativo, y aún cuando no lo refiere expresamente el Lic. Miguel Acosta Romero, considero que se encontraba ligado al hecho de que anteriormente la Actividad Bancaria (Estatización bancaria) consideraba a sus Empleados como servidores públicos, y en consecuencia se encontraban sujetos a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servicios Públicos.

En el aspecto penal, la violación al deber de reserva ya fué objeto de análisis previo, razón por la que debemos adherirnos a su explicación en el capítulo II del Presente Trabajo.

3.3 EXCEPCIONES AL DEBER DE RESERVA.

El carácter eminentemente confidencial del deber de reserva también tiene sus excepciones, esto significa que el aspecto volitivo tanto del titular del derecho como de la propia institución para abstenerse de proporcionar información sobre las operaciones o servicios efectuados entre ellos, se sujeta a la determinación de las autoridades judiciales o hacendarias, quienes en casos concretos pueden requerir dicha información a las instituciones de crédito POR CONDUCTO EXCLUSIVO DE LA COMISION NACIONAL BANCARIA.

La Comisión Nacional Bancaria se crea por decreto presidencial el día 24 de Diciembre de 1924 con esta misma denominación, sin embargo en 1970 se publica una reforma que incorpora a su denominación la figura, de Seguros, quedando como Comisión Nacional Bancaria y de Seguros hasta el 3 de Enero de 1990, fecha en que se desincorpora el adjetivo "Y de Seguros" para permanecer actualmente como en su origen.

La Comisión Nacional Bancaria tiene las siguientes características:

- Es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- Forma parte de la estructura orgánica de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

- Sus facultades de decisión y Ejecución son limitadas.
- Se rige desde el 3 de Enero de 1990 por la Ley de Instituciones de Crédito.

Las funciones de la Comisión Nacional Bancaria se encuentran previstas en los artículos 123 a 125 de la Ley de Instituciones de Crédito, enumerándose entre otras:

- Es el órgano de inspección y vigilancia tanto de las instituciones de crédito como de las organizaciones auxiliares de crédito, haciendo cumplir la ley.
- Es un órgano sancionador.
- Proveer lo necesario para que las Instituciones de Crédito cumplan debida y eficazmente las operaciones y servicios concertados con los usuarios del servicio de banca y crédito.
- Es un órgano de Consulta y realiza estudios competentes;
- Es un órgano de conciliación entre usuarios e Instituciones de Crédito.

De lo anterior se deduce porqué es la Comisión Nacional Bancaria, el órgano competente para requerir ante las Instituciones los informes que le sean requeridos por las autoridades en los casos previstos por la ley.

Las excepciones al deber de reserva previstas en el artículo 117 de la Ley en estudio, también son materia de análisis para el Tratadista Miguel Acosta Romero, que sobre el particular manifiesta:

"La Doctrina considera que existen casos -y se ha reconocido en el derecho comparado- que el secreto bancario no puede impedir, por ejemplo: La investigación criminal, aspectos fiscales, la cuestión de herencias y legados, informes a autoridades en juicios en que los depositantes o los bancos sean parte, etcetera; De donde la doctrina ha establecido el concepto de excepción al secreto bancario." ⁶³

Esto implica que la Comisión Nacional Bancaria como órgano dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, esta facultada por la Ley Organica de la Administración Pública Federal, para vigilar e inspeccionar todo lo relativo con el servicio bancario, de tal forma que éste se torne más eficaz. Aunado a lo anterior la propia Ley de Instituciones de Crédito lo faculta para solicitar toda clase de informes y documentos, en ejercicio de sus facultades, relativas a las operaciones que celebren tanto las instituciones bancarias como las organizaciones auxiliares de crédito, que a su vez están obligadas a aportar los datos necesarios.

⁶³ ACOSTA ROMERO Miguel, Op. Cit. pág. 423-424.

El mismo Miguel Acosta Romero, nos aporta las consideraciones relativas a la información que debe proporcionarse a la Procuraduría General de la República y el Ministerio Público:

"De acuerdo con los términos del oficio-circular 11683-207, del día 9 de Abril de 1956, de la Comisión Nacional Bancaria, dirigido a todas las Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, estas tienen obligación de proporcionar directamente a la Procuraduría General de la República y a los Agentes de Ministerio Público Federal, datos e informes indispensables para la averiguación y comprobación de los delitos federales, siempre y cuando los oficios respectivos estén autorizados expresamente por el Procurador General de la República o cualquiera de los Subprocuradores, o el Director General de Averiguaciones Previas.

Lo anterior como consecuencia de un acuerdo del Procurador General de la República en esa época, que en nuestra opinión se confirma con lo dispuesto por la nueva Ley de la Procuraduría General de la República (DOF de 30 de Diciembre de 1974) (...) Actualmente la nueva Ley Organica de la Procuraduría General de la República de 1984, establece en su artículo 11 que en cumplimiento de sus atribuciones, el Ministerio Público y sus auxiliares, en su caso y conforme a sus funciones, podrán requerir informes, documentos, opiniones y elementos de prueba, en general a las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal y a las correspondientes del Distrito Federal y otras autoridades y personas que puedan suministrar

elementos para el debido ejercicio de dichas atribuciones." ⁶⁴

La exposición anterior confirma, que las Instituciones de Crédito estarán obligadas a proporcionar los informes requeridos por las distintas autoridades del Poder Judicial, como las antes citadas, sobre todo porque actualmente se han aumentado las investigaciones en torno a las cuantiosas sumas de dinero que son depositadas en aquéllas y que en múltiples ocasiones provienen de fraudes; lavado de dinero, peculados, etc.

Por otra parte, y de conformidad con lo manifestado por el propio Acosta Romero, existen otras autoridades que no se encuentran previstas en el supuesto del artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito, pero que igualmente tienen derecho de requerir informes a las instituciones de crédito por el conducto exigido.

De acuerdo con el Tratadista en mención las autoridades facultadas son las siguientes:

- Las Autoridades Fiscales Federales,
- Las Autoridades Fiscales Locales,
- Las Juntas Federales y Locales de Conciliación y Arbitraje;
- El Tribunal Fiscal de la Federación,
- El Ministerio Público del Distrito Federal y de las Entidades Federativas." ⁶⁵

⁶⁴ ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. Cit. pág. 425.

⁶⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. cit. págs. 427-428.

Deduciendo podemos observar en que casos, la ley excepciona a las Instituciones de Crédito, para faltar a su deber de reserva, sin responsabilidad para éstas, a fin de enterar a las autoridades competentes sobre la existencia de un delito, no obstante también observamos que hay autoridades administrativas y judiciales que aún sin encontrarse expresamente señaladas, pueden requerir informes a las Instituciones por conducto de la Comisión Nacional Bancaria, sobre las operaciones o servicios de un cliente relacionado en juicio, o bien con la probable comisión de un delito, lo que implica que la institución bancaria, de negarse a hacerlo, pudiera incurrir en encubrimiento o cualquier otro tipo de responsabilidad.

3.4 SANCIONES

El último apartado de este capítulo, tiende principalmente a determinar en qué consisten las sanciones o penas a que resultan acreedores los responsables de la violación al deber de reserva inherente a los servicios profesionales que las instituciones de crédito prestan al público, sanciones, que imponen distintos ordenamientos y que son de diversa naturaleza civil, penal, bancaria y administrativa.

Previamente se ha señalado que para efectos del artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito: "Los empleados y funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas, en caso de revelación del secreto, a reparar los daños que se causen."

Al respecto el maestro Mario Bauche Garcíadiago en su obra las Operaciones Bancarias refiere:

"Civilmente, las instituciones de crédito son responsables de los daños y perjuicios que ocasionan por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezcan en caso de delito. La Ley Bancaria en su artículo 105 establece que "los funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables, en términos de la ley, por violación del secreto que se establece,

y las Instituciones estarán obligadas, en caso de revelación de secreto, a reparar los daños que se causen." ⁶⁶

Esto significa que acorde a los lineamientos del artículo 91 de la Ley de Instituciones de Crédito, será la institución bancaria quien responda directa e ilimitadamente ante el afectado por el incumplimiento al deber de reserva y será ésta quien asuma la responsabilidad civil mediante la reparación del daño, sin perjuicio de que el funcionario o empleado -responsable real- se encuentre excluido de las sanciones que en términos de ley correspondan.

Esta responsabilidad civil encuentra su fundamento en el artículo 2043 del Código Civil del Distrito Federal que a la letra dice:

"Artículo 2043.- cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquél que ha cometido el hecho a resacir el daño." ⁶⁷

Al citar la responsabilidad penal por violación al deber de reserva como acto delictuoso, el mismo autor establece:

"Penalmente, como la Ley de Instituciones de Crédito es una Ley Federal considero que es aplicable el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, porque su artículo primero establece que se aplicara en toda le

⁶⁶ ACOSTA ROMERO Miguel, Op. Cit. págs. 359-360.

⁶⁷ Código Civil para el Distrito Federal. 65 Edición. Editorial Porrúa, México 1994.

República para los delitos de la competencia de los Tribunales Federales. Las sanciones están comprendidas en sus artículos 210 y 211 del citado Código Penal." ⁶⁸

Por su parte los dispositivos 210 y 211 del código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y en materia federal para toda la República, regulan esta figura denominandola "Violación de secretos" y prevé las siguientes sanciones:

"Artículo 210.- Se aplicará multa de cinco a cincuenta pesos o prisión de dos meses a un año...:

Artículo 211.- La sanción será de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos nuevos pesos y suspensión de profesión, en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que preste servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público."

Ambos preceptos en su oportunidad han sido analizados en el capítulo II de este trabajo, no obstante es necesario aclarar que en el presente caso es el responsable directo -empleado o funcionario- y no la Institución de Crédito, quien tendrá que responder por el ilícito derivado de la revelación indebida y en consecuencia la sanción correspondiente recaera en él.

⁶⁸ Ibidem.

En Materia Bancaria serán aplicables los antes citados artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, en primer término porque al tratarse de una ley de carácter especial su aplicación es preferente, toda vez que regula específicamente la figura del deudor del deber de reserva desde su ámbito bancario, lo cual no impide que dejen de hacerse efectivas las sanciones que se deriven de la responsabilidad civil (daños y perjuicios); Penal (Que puede originar el inicio de una Averiguación Previa por el Ministerio Público, por la posible comisión del delito y para que en su caso ejercite acción penal contra el responsable).

Finalmente y por lo que respecta a la sanción administrativa, aún cuando no se trata de sanción por violación al deber de reserva, sino por incumplimiento o desacato de las instituciones bancarias a los acuerdos o resoluciones dictadas por la Comisión Nacional Bancaria en caso de inconformidad presentada ante ella, con motivo de la violación al deber de reserva o sigillo, la ley bancaria señala:

El artículo 120 fracción VI establece:

"...VI.- El incumplimiento o desacato por parte de las instituciones de crédito a los acuerdos o resoluciones dictadas por la Comisión Nacional Bancaria en el curso de los procedimientos establecidos en el presente artículo, serán castigados con multa administrativa que imponga la propia

Comisión, por cantidad equivalente de cien a un mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal."

De lo anterior se deduce, que las Instituciones de crédito como responsables ante el afectado, tienen la obligación administrativa de cumplir y acatar los acuerdos o resoluciones emitidas por la Comisión Nacional Bancaria, en este caso se derivan de la inconformidad interpuesta por el cliente en caso de revelación del secreto bancario o fiduciario, so pena de ser sancionados administrativamente por la Comisión Nacional Bancaria, en uso de sus facultades sancionadoras, con las multas antes señaladas.

CAPITULO IV

**RESPONSABILIDAD JURIDICA DE LOS
FUNCIONARIOS POR
INCUMPLIMIENTO AL
DEBER DE RESERVA**

CAPITULO IV

RESPONSABILIDAD JURIDICA DE LOS FUNCIONARIOS POR INCUMPLIMIENTO AL DEBER DE RESERVA

4.1 DERECHO POTESTATIVO DE LOS USUARIOS.

El párrafo primero del artículo 117 de la Ley de Instituciones de Crédito en su parte final señala: "...Los empleados y funcionarios de las Instituciones de crédito serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación del secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen..."

De lo anterior se desprende, que en caso de incumplimiento al deber de reserva o secreto, independientemente de la responsabilidad personal en que incurra el funcionario o empleado involucrado, será la institución de crédito la que responda directamente ante el afectado.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de Instituciones de Crédito que a la letra dice:

"Artículo 91.- Las instituciones de crédito responderán directa o ilímitadamente de los actos realizados por sus funcionarios y empleados en el cumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que ellos incurran personalmente."

En materia bancaria, será la institución de crédito de que se trate, la responsable directa ante el titular o afectado directo de la revelación indebida sobre las operaciones o servicios que este hubiere efectuado y que con su revelación haya causado perjuicio en el titular o beneficiario del derecho.

En este orden de ideas, el artículo 119 de la Ley de la materia, otorga al afectado con la revelación indebida, un derecho potestativo que a continuación se transcribe:

"Artículo 119.- Los usuarios del servicio de banca y crédito podrán, a su elección, presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional Bancaria, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes de la Federación o del orden común. Las instituciones de crédito estarán obligadas, en su caso, a someterse al procedimiento de conciliación a que se refiere el artículo siguiente.

En el caso en que las reclamaciones se presenten ante la Comisión Nacional Bancaria, esta conciliará y, en su caso, resolverá las diferencias que se susciten entre las Instituciones de Crédito y los usuarios del servicio de

banca y crédito, derivadas de la realización de operaciones y de la prestación de servicios bancarios. Tratándose de diferencias que surjan respecto al incumplimiento de fideicomisos, sólo conocerá de las reclamaciones que presenten los fideicomitentes o fideicomisarios en contra de los fiduciarios.

La sólo presentación de la reclamación que se prevé en este artículo, interrumpe la prescripción." ⁶⁹

Del precepto antes invocado se desprenden las siguientes características:

- 1.- El derecho potestativo del usuario para presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional Bancaria, o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes de la Federación o del orden común.
- 2.- La obligación que tienen las instituciones de crédito en su caso, para someterse al procedimiento de conciliación previsto por esta misma ley.
- 3.- Para el caso de que la reclamación sea presentada en la Comisión Nacional Bancaria, esta conciliará y resolverá las diferencias que se susciten entre las Instituciones bancarias y los usuarios, cuando se deriven de la realización de operaciones y prestación de servicios bancarios.

⁶⁹ Ley de Instituciones de Crédito. (Legislación Bancaria) 39 Edición. Editorial Porrúa. México 1994, pág. 40.

- 4.- Tratándose de diferencias que surjan respecto al cumplimiento del fideicomiso, sólo se conocerá de ellas cuando el fideicomitante o fideicomitente o fideicomisario la interpongan contra el fiduciario.
- 5.- La presentación de la reclamación interrumpe la prescripción.

Entrando al análisis de cada uno de estos elementos tenemos que:

- 1.- El derecho potestativo según la definición hecha por el Diccionario Enciclopédico-Español Océano es:

"Deriv. Lat. potestas que significan poder.

Der. Optativo, facultativo de ser humano, que no implica la realización o práctica obligatoria de una acción, únicamente determinado por el libre albedrío." ⁷⁰

En resumen, el derecho potestativo del afectado consiste en que tiene la facultad de decidir la vía que considera conveniente, ya sea ante la Comisión Nacional Bancaria o bien ante los tribunales competentes, para presentar su reclamación por incumplimiento al deber de reserva.

⁷⁰ Diccionario Enciclopédico-Español Océano. Tomo VI, 12a. edición. Editorial Carvajal, Barcelona España 1992. pág. 328.

- 2.- Las instituciones de crédito carecen de este derecho potestativo, y en cambio, están obligadas a someterse al procedimiento conciliatorio en caso de que el afectado así lo solicite.
- 3.- En caso de reclamaciones ante la Comisión Nacional Bancaria, ésta fungirá como órgano conciliador entre el afectado y la institución responsable, y en su caso resolverá, sobre las diferencias suscitadas relativas a la realización de operaciones y prestación de servicios.
- 4.- En relación a las diferencias suscitadas con motivo del incumplimiento al fideicomiso, sólo conocerá de ellas la Comisión Nacional Bancaria, cuando el fideicomitente o fideicomisario la interpongan en contra de los fiduciarios.

A fin de rememorar quienes son de cada uno de los sujetos que intervienen en el Fideicomiso, se señala:

a) El Fideicomitente.- es quien tramite al fiduciario, la titularidad de los bienes, el que se desprende de sus bienes y los entrega al fiduciario, y se hace notar que no es necesario que el fideicomitente sea el propietario de los bienes sino que basta que pueda disponer de ellos para realizar la afectación.

b).- El Fideicomisario.- Este recibe los beneficios del fideicomiso de acuerdo con la voluntad del fideicomitente que a su vez puede ser fideicomisario, más el fiduciario no puede ser el fideicomisario ya que este fideicomiso sería nulo.

c).- El Fiduciario.- En la Institución Bancaria, que recibe los bienes del fideicomitente para destinarlos a los fines indicados por el fideicomitente; que en todo caso sería la entrega de estos bienes a un tercero o beneficiario.

De lo anterior se deduce que en caso de revelación del secreto en un fideicomiso, serán igualmente los afectados (fideicomitente o fideicomisario) los únicos que tendrán este derecho potestativo para decidir el procedimiento a seguir, y la Comisión Nacional Bancaria en sus funciones de órgano conciliador conocerá y en su caso, resolverá sobre las diferencias que se suscitarán entre éstos y la Institución Fiduciaria.

4.2 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

El artículo 120 fracciones I al V de la Ley de Instituciones de Crédito establece el procedimiento a seguir en caso de que el usuario o afectado con la revelación, decida presentar su reclamación ante la Comisión Nacional Bancaria.

Al efecto el numeral en cita dispone:

"Artículo 120.- Las reclamaciones a que se refiere el artículo anterior, se ajustarán a las bases siguientes:

I.- Se presentarán por escrito ante la Comisión Nacional Bancaria, o en su delegación regional correspondiente; en las mismas se correrá traslado a la institución de que se trate, requiriéndole un informe detallado, mismo que deberá presentar por conducto de un representante en la fecha en la que dicha Comisión señale, de manera perentoria, para la realización de una junta de avenencia para la cual se citará a las partes y que sólo podrá diferirse por una vez;"

El análisis de esta fracción nos indica la existencia real y formal de los siguientes elementos:

a) El afectado deberá presentar por escrito su reclamación ante la Comisión Nacional Bancaria o en su delegación regional correspondiente.

b) La Comisión Nacional Bancaria;

-Correrá traslado de la reclamación a la institución bancaria de que se trate.

-Requerirá informe detallado que deberá presentar por conducto de representante en la forma señalada, de manera perentoria.

-Citará a las partes para la realización de una junta de avenencia, que sólo podrá ser diferida una vez.

Del primer elemento, se infiere que el afectado persona física o moral debe presentar su inconformidad por escrito, sin que el precepto indique alguna otra formalidad adicional, ante la Comisión Nacional Bancaria o bien ante la delegación regional corespondiente.

De acuerdo con el artículo 132 de la Ley en comento: "La Comisión Nacional Bancaria contará con delegaciones regionales, las que dentro del área de su jurisdicción geográfica podrán realizar las funciones que se determinen en el Reglamento Interior de la Comisión, que expedirá el Ejecutivo Federal".

En cuanto al segundo de los elementos, La Comisión Nacional Bancaria de acuerdo con la función de inspección y vigilancia que tiene sobre las instituciones de crédito, será la autoridad competente para requerir a la institución bancaria, los informes relacionados con la reclamación interpuesta, contra ésta, dentro de la fecha señalada, misma que será inaplazable.

Asimismo en funciones de órgano conciliador, tendrá facultad para citar a las partes a una junta de avenencia, esto significa que los interesados serán conminados por la Comisión Nacional Bancaria a efecto de conciliar sus intereses y den por concluido el conflicto.

La fecha designada por la Comisión Nacional Bancaria para la celebración de la junta de avenencia no podrá ser aplazada por más de una ocasión.

"II.- En la junta a que se refiere la fracción anterior, se exhortara a las partes a conciliar sus intereses y si ello no fuere posible la Comisión las invitará a que de común acuerdo la designen árbitro, sea en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho, a elección de las mismas. El compromiso correspondiente se hará constar por escrito."

Sin mayores comentarios por lo que respecta a la junta de avenencia, nos avocaremos especialmente a referir que todavía conserva el afectado ese

derecho potestativo para decidir si opta por designar o no a la CNB como árbitro sea en la amigable composición o en el juicio arbitral.

Mención aparte merece distinguir en qué consisten ambas figuras jurídicas, por lo que en estudio de ellas encontramos;

Que existen distintas formas de solución a los conflictos intersubjetivos de intereses y estas pueden ser:

- a) Autotutela.- Que es una forma de solución al conflicto mediante la defensa privada de un derecho o la imposición de una pretensión mediante el uso de la fuerza. (Vg. Legítima defensa, defensa del honor, etc.)
- b) Autocomposición.- Es una forma de solución al conflicto o litigio, emitido por las partes en conflicto, mediante el pacto o transacción, la renuncia o el reconocimiento de una pretensión (Vg. desistimiento, allanamiento, o transacción) y la que en el presente caso resulta de nuestro interés.
- c) Heterocomposición.- Que es la forma de solución a un conflicto mediante la intervención de un tercero ajeno e imparcial a dicho conflicto.

La heterocomposición para el Maestro Rafael de Pina Vera puede darse a través de los siguientes procedimientos:

- Conciliación (Amigable composición)
- Arbitraje contractual
- Arbitraje obligatorio o forzoso
- Proceso ⁷¹

Para este autor la Conciliación o Amigable Composición se define como:

"La solución de conflictos mediante un laudo de conciencia que emite, según su leal saber y entender, una persona de confianza y buen sentido denominado conciliador o amigable componedor éste es elegido por las partes para decidir y su opinión será de avenimiento para que las partes lleguen a una transacción. La fuerza de opinión de este tercero, en su opinión quedará a la voluntad de las partes, en el sentido de acatar o no esa opinión." (...)

Los elementos de la Amigable Composición o Conciliación son los siguientes:

- 1.- Acuerdo para que se emita la opinión.
- 2.- Procedimiento.- Inexistente o convenido por las partes;

⁷¹ PINA Rafael y de y Castillo Larrañaga José. Instituciones de Derecho Procesal Civil, 19a. Edición, Editorial Porrúa, México 1990, págs. 45-47.

- 3.- Laudo o Resolución.- basado en conciencia, según el leal saber y entender del arbitro;
- 4.- Ejecución.- Sujeta a la voluntad de las partes."

En síntesis, la conciliación o amigable composición como forma de dar solución a un conflicto, se encuentra sujeta a la voluntad de las partes, y no es propiamente un proceso, sino una forma de avenimiento con la intermediación de un tercero denominado conciliador o amigable componedor que según su leal saber y entender buscará una solución al conflicto, no obstante considero que no es la alternativa idónea, en virtud de que la resolución emitida por el conciliador no obliga a las partes a su ejecución, toda vez que ésta se encuentra sujeta a la voluntad de las partes y el componedor no tiene las facultades para exigir su ejecución o cumplimiento.

El Arbitraje contractual para el Profesor Rafael de Pina Vara es:

"La solución de conflictos mediante un laudo de derecho emitido por un tercero, arbitro al que las partes se someten expresamente, previa la aceptación del tercero." ⁷²

Dentro de las formas contractuales de arbitraje existen las siguientes:

⁷² PINA Rafael Op. Cit. pág. 45-47.

- a) **Compromiso Arbitral.-** Es la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, Una vez surgido el conflicto.

- b) **Claúsula compromisoria.-** Es la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, al celebrarse el contrato principal.

- c) **Contrato de Arbitraje.-** Es aquel por virtud del cual el arbitro acepta el nombramiento y en el que se definen los derechos y obligaciones tanto de éste como de las partes.

Elementos de Arbitraje contractual.

- Acuerdo - tanto de las partes como del que fungirá como arbitro.
- a).- Compromiso arbitral;
- b).- Claúsula compromisoria; y
- c).- Contrato de Arbitraje.

Características del Arbitraje Contractual

- 1.- El conflicto ya existe, y las partes deciden por escrito a comprometerse en aceptar el arbitraje, para la solución del mismo.

- 2.- Previene la existencia de un conflicto aún mayor.

- 3.- Establece a que reglas procesales se sujetaran tanto las partes como el que fungirá como arbitro.
- 4.- El Procedimiento será el convenido por las partes, pero como requisito sine qua non debe incluir necesariamente la etapa de pruebas y alegatos.
- 5.- Los Acuerdos o resoluciones estarán basados en reglas de Equidad y Derecho.
- 6.- Ejecución, ésta se hará a través del Juez competente mediante la resolución o acuerdo que se dicte a petición de parte. (Homologación)

Diferencias entre Amigable Composición y Juicio Arbitral:

- La Amigable composición no obliga a las partes a someterse a el (Excepto en materia bancaria la Institución de Crédito sí es obligada).
- El compromiso arbitral sí obliga a las partes a sujetarse al arbitrio del tercero designado, ya que previamente han manifestado su voluntad de sujetarse a el.
- La amigable composición carece de procedimiento y será el convenido por las partes.

- El Juicio Arbitral en materia bancaria no sujetara a las partes a un procedimiento especial, pero en caso necesario se sujetará supletoriamente al establecido por el Código de Comercio.

- La Amigable composición no puede exigir la ejecución del acuerdo o resolución, ya que esta se sujeta a la voluntad de las partes.

- El Juicio Arbitral tampoco tiene esa facultad ejecutoria, pero para su ejecución se debe ocurrir ante el juez competente y solicitar a petición de parte su ejecución.

En resumen las partes como personas capacitadas para actuar en este procedimiento no son únicamente las materiales -Interesados-, sino también aquellas que tiene atribuciones o facultades para actuar dentro del procedimiento y para impulsar la actividad procesal con el objeto de obtener una resolución que no afectará sus esfera jurídica, sino la de las partes en sentido material, para ello la Comisión Nacional Bancaria prevé la posibilidad de fungir como arbitro ya sea en amigable composición o en Juicio Arbitral, sin embargo considero ineficaz este procedimiento administrativo ya que en la práctica jurídica lo que el afectado desea es solucionar de manera pronta y práctica el problema por ello decide optar por el trámite administrativo y evitar el hasta cierto punto tardado proceso judicial, lo que implica que en ambos casos ya sea amigable composición o juicio arbitral, tiene que ocurrir ante el Tribunal competente para solicitar la ejecución de la resolución

emitida por la CNB, y esto se traduce en un doble trabajo para el afectado que aún cuando resultó perjudicado con la indebida revelación todavía tiene que ejercitar acciones que se traducen en pérdida de tiempo.

Continuando con el análisis del artículo 120 de la Ley de Instituciones de Crédito la fracción III establece:

"Las delegaciones regionales podrán tramitar la etapa conciliatoria y, en su caso el procedimiento arbitral escogido..."

Sin mayor abundamiento, pues ya fué analizado en su momento tanto el fundamento legal de las obligaciones regionales de la CNB en función de la circunscripción territorial que les corresponda, así como en que consiste la etapa conciliatoria y cuales son y en qué consisten los procedimientos arbitrales previstos por la Ley Bancaria.

"IV.- En la amigable composición se fijarán las cuestiones que deberán ser objeto del arbitraje y la Comisión tendrá libertad de resolver en conciencia y a buena fé guardada, sin sujeción a las reglas legales, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento.";

La fracción anterior establece que deben ser fijadas las cuestiones que serán objeto del arbitraje, ello implica que previamente se han negado a llegar a un acuerdo conciliatorio y que ambas partes tienen divergencia sobre la

cuestión planteada, por lo que la CNB tiene, de acuerdo con la Ley de Instituciones de Crédito, la facultad para resolver en conciencia y a buena fe guardada, esto significa que se considera que el arbitro es una persona de solvencia moral y que de acuerdo a sus conocimientos, capacidad de discernimiento y leal saber y entender, sabrá resolver al conflicto de una manera equitativa y justa para ambas partes.

Por lo que se refiere al Procedimiento, ya se ha mencionado que no reviste una formalidad específica, ya que las partes pueden establecer las bases a seguir, no obstante como se ha mencionado se requieren forzosamente dos etapas; La de prueba y la de alegatos.

También la fracción IV del artículo 120 previene:

"La Comisión tendrá la facultad de allegarse todos los elementos que juzgue necesarios para resolver las cuestiones que se le hayan sometido en arbitraje.

No habrá términos ni incidentes y la resolución correspondiente sólo admitirá aclaración de la misma";

Lo anterior se refuerza con la función que la Ley de Instituciones de Crédito, concede a la CNB ya que como órgano de Inspección y vigilancia tiene la facultad de solicitar a las Instituciones de Crédito en términos

generales, cualquier tipo de documentación que estime necesaria para el cumplimiento de su cometido. (art. 135).

En cuanto a la existencia de términos o incidentes, la Ley de Instituciones de Crédito no los prevé y con ello se refuerza la afirmación hecha de nuestra parte en el sentido de que formalmente sólo son indispensables las etapas procesales de pruebas y alegatos. Por lo que se refiere a la resolución dictada por la CNB en el procedimiento arbitral sólo se admitirá la petición que se refiera a la aclaración de la misma.

La fracción V del artículo 120 de la Ley de la Materia prevé:

"En el juicio arbitral de estricto derecho las partes formularán compromiso, en el que fijarán las reglas del procedimiento que convencionalmente establezcan, aplicándose supletoriamente el Código de comercio con excepción de los artículos 1217, 1235 y 1296".

Como se ha referido en el principio de este punto el Juicio Arbitral como forma heterocompositiva de solución a un conflicto puede generarse por compromiso, por cláusula compromisoria o por arbitraje forzoso, en el presente caso, como se deriva de la fracción II de este artículo, se hará por compromiso que se hará contar por escrito en el acta que al efecto se levante, igualmente se establecerán las bases del arbitraje, y si no se establecieran, se

aplicará supletoriamente el Código de Comercio, que se sujeta a los lineamientos generales antes expuestos.

4.3 RESOLUCIONES DICTADAS POR LA COMISION NACIONAL BANCARIA.

En ejercicio de las funciones que le otorga el artículo 119 de la Ley de Instituciones de Crédito, la Comisión Nacional Bancaria, como órgano conciliador/arbitral tiene la facultad de emitir resoluciones sobre las reclamaciones que le sean presentadas con motivo del incumplimiento al deber de reserva, no obstante en los casos previstos por la ley, no prevé las mismas condiciones.

En este sentido, la fracción IV del artículo 120 establece:

"En la amigable composición (...) la Comisión tendrá la libertad de resolver en conciencia y a buena fe guardada."

Como previamente se analizó, esto significa que el Arbitro se considera un órgano honorable que procede y actúa con rectitud, integridad e imparcialidad y que de acuerdo a su leal saber y entender sabrá resolver el conflicto en forma equitativa y justa para las partes.

Por lo que respecta al Juicio Arbitral de estricto derecho, la fracción IV en su párrafo segundo indica:

"La Comisión tendrá la facultad de allegarse todos los elementos que juzgue necesarios para resolver las cuestiones que se le hayan sometido en arbitraje..."

En este caso se excluye a la Comisión Nacional Bancaria para que resuelva a conciencia y buena fe guardada, toda vez que al allegarse de los elementos necesarios, su resolución estará apegada a derecho.

Acorde a esta observación el artículo 1432 del Código de Comercio expresa:

"Artículo 1432.- Los arbitros decidirán según las reglas del derecho, a menos que en, el compromiso o en la cláusula se les encomendará la amigable composición o el fallo a conciencia." ⁷³

El dispositivo anterior reafirma el deber que tiene la CNB para que emita sus resoluciones en estricto apego a derecho, salvo disposición en contrario.

La fracción V en su párrafo segundo establece:

"...Las resoluciones en el juicio arbitral de estricto derecho, dictadas en el curso del procedimiento, admitirán como único recurso el de revocación y el laudo dictado sólo podrá ser impugnado en juicio de amparo..."

⁷³ Código de Comercio y Leyes Complementarias. 58a. Edición. Editorial Porrúa, México 1993.

El recurso de revocación debemos entenderlo, según José Becerra Bautista:

"Como el medio de impugnación o instrumento jurídico de que gozan las partes para combatir, buscando corregir o enmendar, cualquier acto de resolución de los órganos jurisdiccionales; ya porque dichos actos sean contrarios al derecho, incorrectos o injustos," ⁷⁴

De esta manera el laudo o resolución que emita la CNB sólo será impugnable a través del recurso de revocación y será interpuesto por las partes cuando consideren que la resolución es incorrecta o injusta para alguna de ellas.

⁷⁴ BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México. 13a. Edición. Editorial Porrúa. México 1990, pág. 584.

4.4 CUMPLIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES.

El cumplimiento de las resoluciones emitidas por la CNB se sustenta principalmente en la voluntad de las partes, ya que como hemos observado los procedimientos arbitrales consignados en este capítulo no son propiamente de carácter judicial y su consentimiento a ellos es voluntario, sin embargo aún en este caso la ley confiere a la CNB una facultad sancionadora, cuando es la Institución de Crédito la que se niega al cumplimiento voluntario del acuerdo o resolución emitida por ésta.

En este orden de ideas, fracción VIII del artículo 120 preceptúa:

"El laudo en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho que condene a una institución, le otorgará para su cumplimiento un plazo de quince días hábiles a partir de la notificación, si no lo efectuare, sin perjuicio de lo señalado en la fracción siguiente, la Comisión Nacional Bancaria, impondrá a la Institución una multa hasta tres veces el importe de lo condenado si éste fuera cuantificable o hasta cinco mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, si no lo fuere"...

Si bien es cierto la fracción anterior establece, que para el caso de incumplimiento al laudo o resolución emitida por la CNB, en el plazo concedido para tal efecto, la institución de crédito será sancionada con multa administrativa, también lo que este dispositivo omite referir en beneficio de

quién se destina la cantidad impuesta a la institución bancaria, ya que la función de la Comisión Nacional Bancaria concluye con la resolución emitida, sin en cambio el afectado tendrá que ocurrir al tribunal competente para exigir su cumplimiento, lo que significaría que la CNB esta obteniendo un beneficio a costa de un tercero perjudicado.

Esto se confirma con la fracción VIII del artículo en comento que dispone:

"VIII.- Cuando se faltará al cumplimiento voluntario de lo convenido en la conciliación o al laudo en la amigable composición o en el juicio arbitral de estricto derecho, la parte afectada deberá acudir a los tribunales competentes, para efectos de ejecución de una u otra resolución."

De lo anterior se deduce, que se amplía la posibilidad que tiene el afectado para que finalmente tenga que recurrir a dos instancias (Administrativa vía Comisión Nacional Bancaria y Judicial a través de los Juzgados competentes) en primer término porque en caso de Juicio Arbitral y Amigable composición se requiere para la debida ejecución del laudo o resolución, que se pasen los autos al juez para efectos de su ejecución, ya que la facultad de la CNB no abarca esta función además como ya se ha hecho mención, el optar por la reclamación administrativa puede resultar contraproducente por los inconvenientes que se producen al carecer de fuerza coactiva para obligar al deudor a cumplir su obligación para con el afectado directo.

4.5 QUERRELLA DE LAS INSTITUCIONES DE CREDITO.

El artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito dispone:

"En los casos previstos en los artículos 111 al 114 de ésta ley se procederá a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien escuchará la opinión de la Comisión Nacional Bancaria (...) Lo dispuesto en los artículos citados en este capítulo, no excluye la imposición de las sanciones que conforme a otras leyes fueren aplicables, por la comisión de otro u otros delitos."

Proceder a petición de parte o Iniciar querrela según la definición de César Augusto Osorio y Nieto consiste en:

"La manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o por el ofendido por un delito, con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie la Averiguación Previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal." ⁷⁵

⁷⁵ OSORIO Y NIETO, César. A. La Averiguación Previa. 5a. Edición. Editorial Porrúa. México 1990, pág. 455.

Sin embargo para que pueda iniciarse la Averiguación Previa, es necesario cumplir con el denominado "Requisito de Procedibilidad", concepto que en palabras de autor en cita consiste en:

"Las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una Averiguación Previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el probable responsable de la conducta típica." ⁷⁶

En tratándose de violación al deber de reserva o secreto bancario, el requisito de procedibilidad, consiste de acuerdo con el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito, en la petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, previa opinión de la CNB, requisito fundamental sin la cual no es posible iniciar la averiguación previa por la comisión del delito.

Por otra parte, la querrela o petición de parte en una Institución bancaria, por tratarse de una persona moral o jurídica colectiva, tendrá que presentarla por conducto de su Representante Legal con las facultades respectivas para presentar querrela por la comisión de un delito (violación al deber de reserva) que cause perjuicio en su patrimonio. Recuerdese que la responsable directa será la Institución y ella deberá responder por la reparación del daño.

No obstante que el dispositivo en análisis establece que se presentará querrela con motivo de los supuestos previstos en los artículos 111 a 114 de la

⁷⁶ OSORIO NIETO, Cesar. Op. Cit. pág. 455.

Ley de Instituciones de Crédito, el último párrafo de este precepto prevé que no se excluyen de la imposición de las sanciones que fueren aplicables, por la comisión de otro u otros delitos.

Esto indica que cuando el empleado o funcionario bancario cometa un delito que no se encuentre previsto por la Ley Bancaria no es necesario cumplir con este requisito de procedibilidad. -Petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la CNB, sino que la Institución puede presentar directamente su querrela ante el Ministerio Público para solicitar la investigación del delito.-

4.6 DENUNCIA DE LOS PARTICULARES.

En el punto que a continuación se expone, se analizará el derecho de los particulares -Usuarios o Clientes de la Institución Bancaria - que han sido afectados por algún empleado o funcionario bancario mediante la comisión de un delito -Violación al deber de reserva-. para que opten ya sea por presentar reclamación o bien para acudir ante la autoridad investigadora a efecto de que se ejercité la acción penal en contra del responsable.

El artículo 119 de la Ley de Instituciones de Crédito otorga un derecho potestativo al afectado para presentar reclamación ante la Comisión Nacional Bancaria o bien para hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes de la Federación o del orden común.

En virtud de que ya ha sido objeto de análisis el procedimiento administrativo, nos dedicaremos a la Denuncia de los Particulares.

Para iniciar, considero conveniente determinar el significado de la palabra denuncia.

El Diccionario de la Lengua Española ofrece la siguiente definición:

"Denuncia. For.- Noticia que de palabra o por escrito se da a la autoridad competente de haberse cometido algún delito o falta..."⁷⁷

Para el Tradadista Fernando Arilla Bas consiste en:

"La relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público. El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice: no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o de detención, a no ser por la Autoridad Judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela (...) de acuerdo con el precepto constitucional transcrito, el período de Averiguación Previa solamente puede iniciarse previa presentación ante el Ministerio Público, de denuncia, acusación o querrela y que, por lo tanto, dicho precepto prohíbe implícitamente la realización de pesquisas..."⁷⁸

Al Ejercitar la acción penal, el maestro José Franco Villa refiere que:

Se provoca la función persecutoria desarrollada por el Ministerio Público, consistente en investigar los delitos buscando y reuniendo los elementos necesarios y haciendo las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley (penas y medidas de seguridad) (...) la acción no es otra cosa, más que el derecho o la facultad que nos asiste, de conformidad con el artículo 17 Constitucional y pedirle que intervenga, a efecto de que, dando aplicación de ley, haga valer o respetar el derecho de orden privado..."⁷⁹

⁷⁷ OSORIO NIETO, CESAR. Op. Cit. pág. 433

⁷⁸ ARILLA BAS, Fernando. El Procedimiento Penal en México. 11a. Edición. Editorial Kratos. México 1988. págs. 51-52.

En resumen los usuarios de una institución bancaria, que sufran un acto delictuoso por algún funcionario o empleado de la institución, puede ocurrir a la autoridad investigadora sea Ministerio Público Federal del Distrito Federal o de las Entidades Federativas, en auxilio de la Autoridad Federal a efecto de iniciar la averiguación y persecución del delito.

⁷⁹ FRANCO VILLA, José. El Ministerio Público Federal. Editorial Porrúa. México 1985, págs 79-80.

CONCLUSIONES

- 1.- El deber de reserva se define como la obligación emanada de una ley divina, natural o legal, para no descubrir o revelar una cosa o el ejercicio o conocimiento de ella, especialmente cuando ésta es confiada a otra persona en razón de su cargo, empleado o profesión.

- 2.- En el ámbito mercantil, la tradición ha impuesto a los banqueros e Instituciones de Crédito una obligación de discreción o reserva en el manejo de información obtenida con motivo de las operaciones y negocios que en ésta se realiza o que la vinculan con su clientela., este deber de reserva, secreto o sigilio tiende a garantizar en el usuario la libertad individual y la seguridad de sus intereses morales y patrimoniales.

- 3.- El deber de reserva, secreto o sigilio bancario es considerado como un subtipo del secreto profesional y debido a su especial naturaleza se encuentra regulado y sancionado por la Ley de Instituciones de Crédito en sus artículos 117 y 118.

- 4.- El incumplimiento o violación al deber de reserva por parte de empleados o funcionarios bancarios, puede provocar perjuicios directos e inmediatos al depositante, cliente o tercero involucrado, por lo que, es la institución de crédito quien respondera directa o

ilimitadamente ante el afectado por los daños ocasionado en caso de revelación, sin perjuicio de la responsabilidad, que en términos de ley corresponda al sujeto activo que produzca la revelación.

- 5.- Los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito establecen los casos de excepción al deber de reserva, que liberan a la Institución Bancaria de responsabilidad, siempre y cuando esta información sea requerida directamente por la Comisión Nacional Bancaria en uso de sus facultades de Inspección y vigilancia.
- 6.- La Violación al deber de reserva otorga al afectado el Derecho Potestativo para presentar sus reclamaciones ante la Comisión Nacional Bancaria o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes de la Federación o del orden común.
- 7.- El Procedimiento Administrativo previsto por la Ley Bancaria sugiere la intervención de la Comisión Nacional Bancaria como órgano conciliador entre el afectado y la Institución bancaria y establece como formas de solución al conflicto tanto la amigable composición como el Juicio arbitral de estricto derecho, ambas con el inconveniente de que para efectos de ejecución requieren acudir a los tribunales competentes.

- 8.- En el aspecto penal, la violación al deber de reserva se encuentra prevista y sancionada por los artículos 210 y 211 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia Federal. Ambos dispositivos regulan el ilícito en estudio bajo el título de "Revelación de Secretos". En este caso tanto la Institución bancaria como el afectado pueden acudir ante la Autoridad investigadora a efecto de que se avoquen a la investigación de los hechos.

- 9.- La mayor incongruencia del artículo 120 consiste en que consideren a la Comisión Nacional Bancaria como una autoridad capaz de emitir resoluciones -Juicio Arbitral- y que carezca del poder de ejecución. No obstante que prevé que para efectos de ejecución tiene que acudirse ante el Tribunal competente, establece que en caso de incumplimiento la Comisión Nacional Bancaria podrá sancionar a la institución con multa administrativa, sin especificar en beneficio de quién se aplica, pues se infiere que la actuación de la Comisión Nacional Bancaria concluye con la resolución y ésta sólo actúa como intermediaria, más no así sufre perjuicio alguno en su esfera jurídica.

- 10.- Por lo anterior propongo se reforme el artículo 120 de la Ley de Instituciones de Crédito, a efecto de que se eliminen las facultades que este ordenamiento otorga a la Comisión Nacional Bancaria, en caso de revelación indebida. Para que tanto la institución de crédito

responsable así como el afectado directo o indirecto concurren directamente ante el Tribunal competente y diluciden sus diferencias y que en el mismo proceso y sin necesidad de que se tenga que recurrir posteriormente a otra autoridad se lleve a cabo la ejecución a la resolución emitida en dicho conflicto de intereses, y no como incorrectamente sugiere el precepto legal en análisis, ya que en caso de incumplimiento por parte de la Institución de Crédito responsable, a la resolución emitida por la Comisión Nacional Bancaria, tratándose de juicio arbitral o de amigable composición o bien cuando se falta al cumplimiento voluntario de lo convenido, el afectado tiene que sufrir nuevamente la inconveniencia de hacer valer sus derechos ante otra Autoridad, en este caso la Judicial, para que pueda ejecutar la resolución que dicha Autoridad Administrativa es incapaz de realizar.

Luego entonces sería preferible acudir directamente ante el Tribunal competente que además de emitir la resolución a dicho conflicto puede ordenar la ejecución de la misma.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario. Editorial Porrúa, 8va. Edición México 1990.

ACOSTA ROMERO, Miguel. La Banca Múltiple. Editorial Porrúa, 1a. Edición. México 1981.

ACOSTA ROMERO, Miguel. Las Instituciones Fiduciarias y el Fideicomiso en México. Edición del Banco Mexicano Somex, México 1982.

ARILLA BAS, Fernando. El Procedimiento Penal en México. Editorial Kratos. 11va. Edición. México 1988.

BAUCHE GARCIADIEGO, Mario. Operaciones Bancarias, 2a. Edición, Editorial Porrúa, México 1974.

BURGOA Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo. Editorial Porrúa. 8va. Edición, México 1991.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa. 15va. Edición, México 1990.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano (PARTE GENERAL) Editorial Porrúa. 17va. Edición, México 1991.

CASTELLANOS Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal (PARTE GENERAL9, Editorial Porrúa. 26va. Edición, México 1989.

COMPENDIO de Legislación Bancaria y Financiera. Editada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, México 1985.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. (Real Academia Española). Editorial Espasa-Calpe. 19va. Edición, Madrid 1970.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO-ESPAÑOL OCEANO. Tomo VI, 12a. Edición, Editorial Carvajal, Barcelona España, 1992.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XXV, Editorial Bibliografía Argentina, Buenos Aires 1976.

FRANCO VILLA, José. El Ministerio Público Federal. Editorial Porrúa, México 1985.

GARZA, Sergio F. de la. Derecho Financiero Mexicano. Editorial Porrúa. 16va., Edición, México 1990.

MARTINEZ DE CASTRO, Antonio. Código Penal para el Distrito Federal y territorio de baja California, sobre delitos del Fuero Común y para toda la República sobre delitos contra la Federación. Librerías la Ilustración, México 1983.

OSORIO Y NIETO, Cesar A. La Averiguación Previa, 5a. Edición, Editorial Porrúa, México 1990, pág. 455.

PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, 19a. Edición, México 1990.

PINA VARA, Rafael de. Elementos de Derecho mercantil Mexicano. Editorial Porrúa. 16va. Edición, México 1976.

PORTE PETIT, Celestino. Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México 1989.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquin. Derecho Mercantil. (Tomo II), Editorial Porrúa, México 1979.

SANCHEZ COLIN, Guillermo. Derecho Mexicano de Porcedimientos Penales. Editorial Porrúa. 12va. Edición México 1990.

LEGISLACION

- Código Civil para el Distrito Federal, 65a. Edición, Editorial Porrúa, México 1994.
- Código Penal para el Distrito Federal, 50a. Edición, Editorial Porrúa, México 1993.
- Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, Editorial Porrúa, México 1989.
- Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (Diario Oficial de la Federación 31 de Mayo de 1941).
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. 57a. Edición, Editorial Porrúa, México 1994.
- Ley de Instituciones de Crédito (Legislación Bancaria), 39a. Edición, Editorial Porrúa, México 1994.
- Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito 33a. y 37a. Ediciones, Editorial Porrúa, México 1988 y 1992.