



Los diversos ilícitos que se producen, cuando se crean pólizas de fianza apócrifas. Comentarios y estrategias relacionadas con la identificación de las conductas, con la subsunción de éstas en las normas típicas y con la atención de estos ilícitos

Trabajo presentado para el XV Premio de Investigación sobre Seguros
y Fianzas, 2008,

Lic. Humberto Goycoolea Heredia
Lic. Francisco José López Álvarez
"MASCARITA"



COMISIÓN NACIONAL DE
SEGUROS Y FIANZAS

CNSF

XV

Premio de Investigación sobre
Seguros y Fianzas 2008

Tercer Lugar
Categoría de Fianzas

INDICE.

RESEÑA:	1
1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
1.1.- ¿QUÉ ILÍCITOS SE ACTUALIZAN CUANDO ALGUIEN COMERCIALIZA PÓLIZAS APÓCRIFAS, PARA APARENTAR EL OTORGAMIENTO DE FIANZAS?.....	3
1.2.- ¿QUÉ ACTITUD DEBE TOMAR EL FIADOR CUANDO EXISTE RIESGO DE QUE SE INTENTE UTILIZAR EN CONTRA DE ÉL UNA PÓLIZA APÓCRIFA (ANTES DE CUALQUIER RECLAMO O MEDIANTE UN RECLAMO)?.....	5
1.2.1.- RECLAMACIÓN DE LA PÓLIZA APÓCRIFA.	6
1.2.2.- LOS INTERESES DEL BENEFICIARIO ANTE UNA PÓLIZA APÓCRIFA.	6
1.3.- ¿CUÁLES SON LAS INSTANCIAS QUE SE DEBEN ACCIONAR PARA SALVAGUARDAR LOS DERECHOS AFECTADOS?	7
1.4.- ¿CÓMO SE SUGIERE PROBAR LA EXISTENCIA DE LOS HECHOS INVOLUCRADOS EN ESTOS ILÍCITOS?	7
2.- ANÁLISIS DE LA CONDUCTA	8
2.1.- Tipos de Conducta que pueden presentarse.....	10
2.2.- ANÁLISIS DEL OTORGAMIENTO DE FIANZA.....	11
3.- VARIANTES DE LA CONDUCTA	16
3.1.- VARIANTES EN EL MEDIO DE COMISIÓN (MODUS OPERANDI PARA CREAR PÓLIZAS APÓCRIFAS “COPIANDO” PÓLIZAS AUTÉNTICAS EXPEDIDAS EN DOCUMENTO CON FIRMA AUTÓGRAFA).....	16
3.2.- VARIANTES EN EL MEDIO DE COMISIÓN. (MODUS OPERANDI PARA CREAR DOCUMENTOS EN FORMA DE PÓLIZAS APÓCRIFAS “COPIANDO” PÓLIZAS AUTÉNTICAS EXPEDIDAS EN DOCUMENTO DIGITAL).....	17
4.- SITUACIONES QUE FAVORECEN LA REALIZACIÓN DE ESTAS CONDUCTAS	19
4.1.- LA FALTA DE CULTURA DE VALIDACIÓN.....	19
4.2.- FALTA DE CLARIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS.....	19

4.3.- FALTA DE INTERÉS DE LAS AUTORIDADES MINISTERIALES.	19
4.4.- FALTA DE INTERÉS EN LOS BENEFICIARIOS PARA DENUNCIAR ESTOS HECHOS.	19
4.5.- EN CUANTO A LA INSTITUCIÓN DE FIANZAS.	20
5.- DE LOS ILÍCITOS QUE SE COMETEN.	22
6.- LA FALSIFICACIÓN.	24
6.1.- TIPO PENAL FEDERAL Y SUS ELEMENTOS	24
6.2.- TIPO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL Y SUS ELEMENTOS:	26
6.3.- BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL DELITO DE FALSIFICACIÓN.	27
6.4.- TIPOS DE FALSIFICACIÓN:	27
6.5.- EN EL CASO EN CONCRETO.	27
6.6.- MEDIOS DE PRUEBA QUE SE PROPONEN PARA DETERMINAR QUE LA PÓLIZA NO ES AUTÉNTICA Y QUE NOS ENCONTRAMOS FRENTE A UNA FALSIFICACIÓN.	28
6.6.1.- PÓLIZAS APÓCRIFAS “COPIANDO” PÓLIZAS AUTÉNTICAS EXPEDIDAS EN DOCUMENTO CON FIRMA AUTÓGRAFA)	28
6.6.2.- PÓLIZAS APÓCRIFAS “COPIANDO” PÓLIZAS AUTÉNTICAS EXPEDIDAS EN DOCUMENTO DIGITAL.	30
7.- OTROS ILICITOS.	31
7.1.- EL FRAUDE.....	31
7.1.1.- TIPO PENAL FEDERAL Y LOS ELEMENTOS DEL ILÍCITO.	32
7.1.2.- TIPO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL Y LOS ELEMENTOS DEL ILÍCITO.	33
7.1.3.- BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL DELITO DE FRAUDE.	34
7.1.4.- TIPOS DE FRAUDE EN EL CASO EN ESPECÍFICO.....	34
7.2.- USO DE DOCUMENTO FALSO.	34
7.2.1.- CÓDIGO PENAL FEDERAL.	35
7.2.2.- CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL:	35
7.3.- DELITOS DE LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.	35

7.3.1.- BIEN JURÍDICO TUTELADO.	37
8.- LA SUPLANTACIÓN.	38
8.1.- HIPOTESIS EN LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.-	38
8.2.- PROPUESTA.	44
9.-PROCESO DE ATENCIÓN.	47
9.1.- GESTIONES.	47
9.2.- INTEGRACIÓN DEL EXPEDIENTE DE PRUEBAS.	48
9.3- ELEMENTOS DE PRUEBA.	48
9.3.1.- TESTIMONIOS.	48
9.3.2.- DOCUMENTALES PÚBLICAS.	49
9.3.3.- DOCUMENTALES PRIVADAS.	49
9.3.4.- PERICIALES.	50
9.3.5.- FE DE HECHOS Y DILIGENCIAS MINISTERIALES.	52
10.- DEL TRAMITE DE MEDIDAS CAUTELARES.	54
11.- ACCIONES CORRECTIVAS OBSERVADAS EN EL SECTOR.	56
CONCLUSIONES.	58
BIBLIOGRAFIA.	59

RESEÑA:

El presente trabajo de investigación se encuentra enfocado en una problemática poco –por no decir inexistente- tratada y estudiada. La creación de pólizas de fianza no auténticas.

Debo mencionar que a estas comúnmente se les denomina “pólizas falsas”, y por tanto quien las crea incurre en la actividad de “falsificación” de pólizas de fianza.

Sin embargo, estimamos, tal connotación es incorrecta ya que en realidad debe decirse que se trata de una creación de documento, en forma de póliza, en el que se pretende documentar una fianza, sin que el mismo llegue a ser una póliza de fianza, aunque se trate de comercializar con ella como si lo fuere.

Es decir, al mencionar “falsificación”, encasillamos a la conducta en un ilícito en específico (el de la falsificación), no obstante que –como se verá durante el desarrollo del presente trabajo – con dicha conducta se producen otros ilícitos diversos, además de la falsificación.

Por ello es preciso referirnos a la comúnmente conocida “falsificación de pólizas” como creación de documentos, lo que resultan ser falsos por no corresponder con la realidad y en este trabajo identificaremos tal conducta con la siguiente expresión: “creación de pólizas no auténticas o apócrifas”.

Debe igualmente mencionarse que la creación de documentos falsos no es una problemática exclusiva del sector afianzador. Es en general una problemática de todos los sectores y ramas de la actividad económica mundial.

Así existe la reproducción no autorizada de música, software, ropa, perfumes, medicamentos, juegos, títulos, cédulas, constancias, facturas para efectos fiscales, recibos de honorarios, certificados del Registro Público de la Propiedad, oficios de autoridades, licencias, permisos, escrituras, billetes del Banco de México, certificados de tesorería, cheques, tarjetas de crédito, etc.

Esta conducta genera daño a quien debió ser el “beneficiario” de estos productos o documentos, ya que creyendo que el documento que se le presenta es auténtico, éste realiza diversos actos que a la postre le pudieren significar un deterioro en su patrimonio.

Para evitar estos daños es que planteamos la siguiente investigación, a fin de resaltar los puntos torales en base a los cuales (afianzadoras, beneficiarios o fiados) podrán identificar los elementos de la conducta, las consecuencias de éste, las pruebas idóneas para acreditar estos hechos y en su caso las medidas precautorias pertinentes a fin de evitar la realización de las consecuencias ilícitas que el activo de esta conducta pretende alcanzar.

Llegaremos a mencionar algunas causas, que a nuestro juicio, han propiciado la práctica de esta conducta.

Igualmente haremos alguna propuesta de reforma, a fin de que este ilícito sea atacado tanto en la forma preventiva como en la forma correctiva.

Inclusive mencionaremos algunas acciones que se han observado en la operación de las Instituciones de Fianzas que tienden a reducir la incidencia de este ilícito, y que se traducen en que las instituciones afianzadoras, ha incorporar mayores elementos de seguridad en los documentos que expiden.

Así pues, en el presente trabajo de investigación nos enfocaremos a realizar un análisis de la conducta, así como de los ilícitos que se actualizan con la misma, los medios de prueba que se proponen para poder determinar cuando un documento expedido en forma de póliza debe ser considerado como auténtico y cuando no, y –mucho muy importante – identificar las gestiones que debe realizarse y las acciones que debe tomar el sector afianzador para proteger sus intereses y el de sus beneficiarios.

El desarrollo del trabajo lo he planteado de la forma siguiente:

- 1.- Planteamiento del problema.- En el que se evidencia el problema que se presenta cuando se lleva a cabo esta conducta
- 2.- Análisis de la conducta y sus variantes. En este punto, he aportado al lector todos los elementos necesarios para que pueda distinguir la conducta en sí y de esa forma pueda distinguir las diversas modalidades de la misma.
- 3.- Situaciones que favorecen la realización de estas conductas.- En este punto evidenciamos las circunstancias que propiciamos los que intervenimos en el sector afianzador, para la realización de la conducta.
- 4.- La falsificación.- El análisis preciso de este ilícito al actualizarse la conducta en estudio.
- 5.- Otros ilícitos. Dado que con la misma conducta pueden cometerse diversos ilícitos, hacemos un análisis de cada uno de éstos.
- 6.- La suplantación.- Tema por demás interesante, ya que con él podrá el lector concluir si existe una suplantación de la Institución Afianzadora por quien emite la póliza apócrifa.
- 7.- Proceso de atención.- En este apartado he decidido, dado el poco tratamiento que se ha dado a este tema, incluir de manera general, el proceso que debe llevarse a cabo para determinar que las fianzas que se traten, no son auténticas.
- 8.- Gestiones.- Aquí es donde nos referimos de manera particular a las gestiones de las que se compone el procedimiento referido en el punto inmediato anterior, así como la integración del expediente de pruebas
- 9.- Del trámite de medidas cautelares.- Lo que resulta muy importante, ya que al haber una fianza apócrifa que aparentemente vincula a la institución afianzadora, los intereses de ésta pueden verse comprometidos, razón por la cual son indispensables las medidas cautelares.
- 10.- Acciones correctivas observadas en el sector.- En este punto en particular, hacemos una reflexión de lo que debemos hacer en conjunto para inhibir la práctica de esta conducta.
- 11.- Conclusiones.- Después de haber identificada la conducta y evidenciado la falta de regulación respecto a la misma, es importante plantear las consideraciones finales.

1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1.- ¿QUÉ ILÍCITOS SE ACTUALIZAN CUANDO ALGUIEN COMERCIALIZA PÓLIZAS APÓCRIFAS, PARA APARENTAR EL OTORGAMIENTO DE FIANZAS?

A efecto de poder identificar plenamente los distintos ilícitos que se actualizan con esta conducta, es necesario en primer término, definir claramente cada uno de los elementos de los que se compone la acción.

Es necesario referir en primer término, que dado que la fianza es un instrumento que busca asegurar el cumplimiento de una obligación contraída, asegurando así los intereses de ciertas operaciones, el Estado ponga especial cuidado en que las personas que garantizan dichas operaciones, cuenten con la capacidad y solvencia suficiente para responder de las mismas, amén que obtienen un lucro por ello.

Es por ello que la actividad de otorgar fianzas de manera habitual y a título oneroso, se encuentra reservada para aquéllas personas que cuenten con la debida autorización por parte del Estado, es decir, a las Instituciones Afianzadoras. Tal distinción es importante, ya que el otorgamiento de fianza no es único y exclusivo de las instituciones afianzadoras; Aunque en efecto, hay fianzas de carácter civil, mercantil y de empresa, en el presente trabajo de investigación, nos referiremos solamente a las de esta última clase.

Así pues, tenemos que para poder otorgar fianzas de manera habitual y a título oneroso, es necesario que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público lo autorice y sólo estas personas autorizadas, podrán ejercer dicha actividad que se ejerce al amparo de lo previsto por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la que refiere en su artículo 117, que las Instituciones de Fianzas, asumirán obligaciones mediante el otorgamiento de de pólizas numeradas y documentos adicionales.

Esto es, que las instituciones afianzadoras deben otorgar pólizas en las que se documente la fianza. He aquí un primer problema que se presenta. ¿Qué es lo que se otorga, la póliza o la fianza?

Pareciera, de la redacción del artículo en comento, que lo que se otorga son las pólizas. Sin embargo, el diverso artículo 3 del ordenamiento legal aludido, refiere que está prohibido a toda persona, distinta a las instituciones de fianzas, otorgar fianzas a título oneroso y de manera habitual, teniendo como actualizada la conducta, cuando se otorguen dichas fianzas mediante la expedición de pólizas.

La ley de la materia maneja, incorrectamente, de manera indistinta lo que debe entenderse por otorgamiento y por expedición. Consideramos que lo que se otorga es la fianza, y lo que se expide es la póliza. En efecto, si consideramos que el acto jurídico es la fianza necesariamente y para la existencia de éste, debe haber un otorgamiento de voluntad en la que exista la aceptación. La voluntad no se expide, se otorga.

Conviene sobre el particular referir que el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, prevé la posibilidad que una misma póliza sea expedida más de una vez, en caso que

ésta sea extraviada por su beneficiario. De aquí que consideremos que lo que se expide es la póliza y lo que se otorga es la fianza.

Es importante hacer tal distinción, ya que la conducta que analizamos maneja estos dos conceptos. El de expedición y otorgamiento.

Ya ciertos de lo anterior, resulta trascendente mencionar que la póliza, como medio a través del cual las instituciones afianzadoras otorgan sus fianzas, puede tener distintas variantes. Puede expedirse mediante la impresión en papel o mediante la generación de un archivo digital. Recordemos que la póliza es el medio por el que las instituciones afianzadoras otorgan sus fianzas.

Es importante referir lo anterior, ya que los elementos que deben agotarse para identificar cuando una póliza no es vinculante con la institución que aparentemente la expidió, son distintos.

Consideramos como puntos torales de la conducta que se analiza, los siguientes:

- a) La autorización a que se refiere el artículo 5 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
- b) La expedición de pólizas, a través de un medio impreso o de la generación de un archivo digital.

La vinculación entre la póliza de que se trate y el otorgamiento de la fianza. Esto es, habrá que identificar primeramente: i) quienes son las personas que cuentan con la autorización para otorgar fianzas de manera habitual y a título oneroso; ii) Si el otorgamiento se documenta en una póliza impresa en papel con determinadas características o si dicho otorgamiento se documenta mediante la generación de un archivo digital; y iii) Cuando es vinculante la póliza en la que se documenta una fianza, con la persona que aparece que la otorgó.

Consideramos que los ilícitos que se actualizan cuando una persona, sin contar con autorización para ello, **CREAN** documentos en forma de póliza, en el que aparentemente se documenta un otorgamiento de fianza atribuible a una Institución de Fianzas debidamente autorizada, son los siguientes:

- a. El de falsificación de documentos
- b. El de fraude
- c. El uso de documento falso
- d. Falsificación de marca
- e. El de otorgar fianzas de manera habitual y a título oneroso sin ser una persona autorizada para ejercer tal actividad.

No es suficiente para abordar esta problemática, el referirnos únicamente a los ilícitos que se actualizan con la realización de la conducta. Es importante abordar los temas relacionados con las partes que se ven involucradas y afectadas por ésta conducta.

Así pues, conviene realizarnos la siguiente pregunta:

1.2.- ¿QUÉ ACTITUD DEBE TOMAR EL FIADOR CUANDO EXISTE RIESGO DE QUE SE INTENTE UTILIZAR EN CONTRA DE ÉL UNA PÓLIZA APÓCRIFA (ANTES DE CUALQUIER RECLAMO O MEDIANTE UN RECLAMO)?

Aquí tiene relevancia el elemento “vinculante” a que nos referimos en el punto anterior, ya que si póliza apócrifa fue efectivamente exhibida y ésta cumplió con los fines para los cuales fue elaborada y exhibida, que pueda haber repercusiones, no obstante que no se intervino en la conducta, para quien aparece como otorgante de la fianza.

Efectivamente, si un beneficiario celebró una operación con la certeza que se encontraban garantizados sus intereses, y éstos intereses en realidad no se encuentran garantizados, dado que la póliza apócrifa que se le exhibió no es vinculante con la institución que aparece como otorgante de la fianza, que sea importante que institución a la que se le pretende atribuir el otorgamiento de la fianza, realice todos los actos necesarios para dejar de manifiesto que no hay una vinculación.

Es decir, la institución, una vez que tenga conocimiento que existe una póliza apócrifa en la que se le pretenda vincular un otorgamiento de fianza, con independencia del estado que guarde la obligación aparentemente garantizada, deberá acreditar la falta de vinculación entre la póliza y ésta.

Así pues, podemos tener el supuesto que un supuesto fiado solicita la cancelación de una póliza apócrifa a la institución que aparentemente la expidió, alegando que la obligación “garantizada” ha sido cumplida en sus términos.

Ante tal evento, no obstante que pareciera que no existe un daño en contra de la institución de que se trate, ésta deberá realizar las gestiones que demuestren fehacientemente que dicha póliza no la vincula en forma alguna.

Para lo cual, deberá poner en conocimiento al aparente fiado, beneficiario e informar de tales hechos al Ministerio Público.

Ello, partiendo de la base que es obligación de cualquier persona, cuando ésta tenga conocimiento de la realización de un ilícito, ponerlo en conocimiento de la autoridad ministerial.

Con independencia de lo anterior, la institución deberá requerir datos al supuesto fiado, como son: Lugar de compra de la póliza apócrifa, persona que entregó dicha póliza, si hubo una contraprestación por la entrega de la misma, qué otras veces le han expedido éste tipo de pólizas. Ello, a efecto de poder identificar las personas que intervinieron en la realización de la conducta y en esa medida, proteger los intereses de las personas afectadas.

Pero qué hay cuando a la institución de fianzas ya se le presentó un formal reclamo de pago con cargo a una póliza apócrifa.

1.2.1.- RECLAMACIÓN DE LA PÓLIZA APÓCRIFA.

Aquí toma importancia el hecho de acreditar, en cuanto se tenga noticia de la existencia de una póliza apócrifa, que la misma no es vinculante con la institución en cuestión.

En efecto, si al momento en que el aparente beneficiario pretenda hacer efectiva la póliza apócrifa, ya se tiene acreditado que la misma no es vinculante, el reclamo no procederá.

Pero a reserva de lo anterior, es trascendente hacer de su conocimiento, una vez que se presente el reclamo, en caso de no haberlo hecho con anterioridad, que la póliza en cuestión no es atribuible a la institución. Es decir, resulta apócrifa.

Ello, en el entendido que puede ser considerada como ilícita la conducta desplegada por el beneficiario en cuestión. Al pretender hacer efectiva una póliza, a sabiendas que la institución ante la quien se promueve, no es quien otorgó en realidad la fianza.

Debe solicitarse a la autoridad ministerial, como medida cautelar, ordene al beneficiario que se trate se abstenga de pretender el cobro, en tanto no se resuelva la condición de la póliza. Es decir, si ésta es o no auténtica.

Debemos recordar que en este tipo de operaciones, intervienen también un supuesto fiado y un supuesto beneficiario.

Pero, ¿Qué actitud debe tomar el beneficiario cuando le es presentada una póliza apócrifa en la que se pretende documentar un otorgamiento de fianza atribuible a una institución de fianzas (antes de poner en riesgo los fondos del contrato) o cuando detecta lo anterior en otro momento (cuando ya están en riesgo los fondos del contrato)?

1.2.2.- LOS INTERESES DEL BENEFICIARIO ANTE UNA PÓLIZA APÓCRIFA.

Todo aquel que aparezca como beneficiario en una póliza que se le exhiba, debe necesariamente asegurarse que la misma fue efectivamente expedida por una Institución de Fianzas. Es decir, que la misma es auténtica. Para lo cual, deberá ponerse en contacto con la Institución de que se trate, para que ésta le informe sobre la autenticidad de la póliza que se le está exhibiendo. En caso que el beneficiario constate que la póliza en cuestión no es auténtica, deberá exigir al supuesto fiado, entregue una auténtica.

Es importante lo anterior, ya que de no verificar el beneficiario la autenticidad de la póliza, y se le exhibiera una apócrifa, sus intereses, aparentemente asegurados, no lo estarán.

Es común que los beneficiarios, partiendo de la buena fe que debe operar en sus operaciones, no verifiquen la autenticidad de las pólizas que les son exhibidas. Es aquí cuando sus intereses se ven afectados, ya que no cuenta con una garantía real y no obstante ello, ha celebrado el acto. Poniendo en riesgo sus intereses.

Debe resaltarse que la afectación se da por el hecho mismo de contar con una aparente garantía. Ello, si partimos de la base que para la celebración del acto, el beneficiario consideró necesario que se garantizara su cumplimiento y, éste, en realidad no está garantizado. En caso que se incumplan obligaciones al beneficiario, éste no podrá reclamar el pago por dicho incumplimiento a una Institución de Fianzas, al no ser ésta quien expidió la póliza. Por ello, en

el supuesto que el beneficiario de percate que la póliza que le fue exhibida es apócrifa y aún no hay un incumplimiento por parte del aparente fiado de las obligaciones contratadas, deberá, en primer término, exigir al supuesto fiado otra garantía y/o póliza auténtica.

En caso de no recibir la misma, rescindir el contrato en cuestión, solicitando a la autoridad concedora de la rescisión el obsequio de medidas cautelares para salvaguardar sus intereses, y denunciar los hechos al Ministerio Público.

Distinto es si la obligación ya ha sido incumplida por parte del supuesto fiado. En este particular, deberá denunciar los hechos al Ministerio Público para que, una vez investigada la conducta, se solicite acción penal en contra del responsable y en su caso, la reparación del daño, el cual, ira de la mano con el incumplimiento de la obligación garantizada.

1.3.- ¿CUÁLES SON LAS INSTANCIAS QUE SE DEBEN ACCIONAR PARA SALVAGUARDAR LOS DERECHOS AFECTADOS?

Debe en primera instancia y dado que es una obligación de toda persona que tenga conocimiento de la realización de un ilícito, acudir a la autoridad Ministerial competente (Ministerio Público) para ponerlo en conocimiento del hecho en sí.

De esta forma se podrán deslindar responsabilidades y evitar que se siga afectando con la conducta, bienes jurídicamente tutelados a los ya afectados en el momento de la denuncia.

Nos referimos a la obtención de medidas cautelares. Las cuales tienen como objeto que las cosas se mantengan en una situación determinada y evitar se afecten más intereses de los ya dañados hasta entonces.

1.4.- ¿CÓMO SE SUGIERE PROBAR LA EXISTENCIA DE LOS HECHOS INVOLUCRADOS EN ESTOS ILÍCITOS?

Debe probarse siempre que el documento elaborado en forma de póliza, (la que resulta apócrifa) no es vinculante con la institución de fianzas a la que se le pretende atribuir. Para ello podremos emplear todos los medios de prueba que la Ley concede. Sin embargo, habrá que distinguir muy bien cuál es la modalidad empleada para la creación de estos documentos, para de esa forma desahogar las pruebas convenientes que lleven a la autoridad a concluir que el documento cuestionado no es vinculante con la institución de fianzas de que se trate.

No se requieren los mismos medios probatorios para acreditar la falta de vinculación, si el documento se elabora en papelería oficial o si este es impreso en papelería diversa. Los diversos modos de la realización de la conducta, se analizarán más adelante.

2.- ANÁLISIS DE LA CONDUCTA.

Para efecto de estudiar en forma detallada los delitos que se actualizan con la conducta en estudio, es menester realizar un análisis detallado de esta conducta. Ello en virtud de que si bien es cierto, las distintas formas de realización de la creación de documentos en forma de pólizas, en los que se pretende documentar el otorgamiento de una fianza, pueden ser reprochables, la conducta típica que se actualiza en cada una de estas variantes es diferente, y por ello se hace necesario hacer los distingos de las diversas formas que puede tomar esta conducta ilícita.

Así empezarían a señalar como elementos descriptivos, que esta conducta se realiza por la persona o personas, y su expresión se da en función de que éstas crean, en forma de pólizas, documentos en los que pretenden documentar un otorgamiento de fianza (la cual resulta inexistente), ocultando su origen ilícito y atribuyendo (ilegítimamente) su origen a una de las instituciones afianzadoras autorizadas en términos del la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. De acuerdo a la descripción anterior, tenemos que es una conducta desplegada por personas físicas.

En efecto, es una acción que necesariamente es atribuible a la persona humana, ya que sólo ella puede actuar con voluntad y ser imputable.¹ Recordemos que las personas morales ejercen sus actos a través, precisamente, de la persona humana. Razón por la cual, la conducta que se analiza no puede atribuirse a una persona de esta naturaleza. (Moral)

En su acción, los activos crean y expiden documentos en forma de pólizas. La comisión de los ilícitos puede ser por acción o por omisión. En el caso en concreto se trata de la comisión del ilícito por acción.

Ello, si atendemos a que es necesaria que la voluntad humana (del que crea el documento) produzca un hecho material, (el documento en forma de póliza) exterior (puede ser percibido por los sentidos) y positivo (el resultado es producto de un movimiento corporal (la creación del documento)).

Resulta necesario analizar en este apartado, lo que debe entenderse por: creación, expedición, documento y póliza.

- Acción de Crear.- Hacer algo que antes no estaba²
- Documentos.- Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo.³
- Expedir.- Extender por escrito, con las formalidades acostumbradas, bulas, privilegios, reales órdenes, etc.⁴
- Póliza.- Documento justificativo del contrato de seguros, fletamentos, operaciones de bolsa y otras negociaciones comerciales⁵

¹ Carranca y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte General. México 1997. Edit. Porrúa. Pag. 263

² Real Academia Española DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA 22ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001

³ *Ibidem*

⁴ *Ibidem*

⁵ *Ibidem*

Los Documentos resultan ser apócrifos por no ser atribuibles a la Institución de Fianzas cuyo nombre se pretende utilizar.

El resultado material de la conducta desplegada por el sujeto, es el documento que se extiende por escrito, en forma de póliza, en el que se asientan datos que hacen parecer que la persona que otorga la fianza, es una institución de fianzas debidamente autorizada, sin que la realidad sea así.

Es decir, el documento en cuestión no es en realidad creado por la institución de fianzas a la que se le atribuye su autoría, por lo que se considera no auténtico o apócrifo, al fingir los datos que obran en el propio documento.⁶

En dichos documentos, creados en forma de pólizas, se pretende aparentar el otorgamiento de fianzas. (Las que resultan ser inexistentes). El documento apócrifo tiene como finalidad el documentar un otorgamiento de fianza, la cual, necesariamente, debe considerarse como inexistente.

La fianza es un acto jurídico mediante el que una persona se obliga a pagar por el deudor si éste no lo hace. Como acto jurídico sancionado por la ley, debe contener los elementos de existencia y validez previstos por la norma.

En el caso en concreto, resulta que dicha fianza, cuya existencia se pretende probar mediante la elaboración del documento apócrifo, es inexistente. En efecto, el artículo 1794 del Código Civil Federal, señala:

“Artículo 1794. Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.”

Si en el documento apócrifo, se fingen datos como lo es la autoría de éste (se pretende atribuir a una institución de fianzas), es claro entonces que el acto jurídico que en él se pretende documentar es inexistente, ya que no hay consentimiento por parte de la persona a quien se le atribuye su autoría.

Efectivamente, si la institución no es quien creó el documento en el que se documenta el acto, es claro que ésta no otorgó su consentimiento para ello y por ende, debe considerársele (al acto jurídico) como inexistente. En las relatadas condiciones, es inconcuso que lo que pretende el autor del documento apócrifo, es fingir un otorgamiento de fianza para un fin determinado. Pero entonces, ¿Qué es lo apócrifo, la fianza o la póliza?

Las fianzas son inexistentes o existentes, los documentos creados en forma de pólizas son los que pueden resultar apócrifos o no apócrifos. El documento en forma de póliza es el instrumento, que trata de hacer constar la existencia del negocio jurídico, o sea la declaración de voluntad de la Institución de Fianzas, en la que se expresa en qué términos y condiciones se asumió la obligación fiadora. Tiene una función eminentemente probatoria.

⁶ González Emigdio Anatolio y Cervantes Flores Agustín. GLOSARIO DE DOCUMENTOS CUESTIONADOS. México 20056. Edit. INADEJ. Pag. 30

Por lo que si en dicho documento, elaborado en forma de póliza, se asientan datos que no corresponden con la realidad, éste es el que debe calificarse como apócrifo.

La conducta puede ser realizada en forma esporádica y no onerosa; esporádico y onerosa; y habitual y onerosa. No puede afirmarse que la realización de la conducta en estudio, tenga por parte de sus autores un sólo fin. Habrá que atender a los sujetos que la realizan y el ánimo con el que la realizaron.

Es indispensable, para efectos de poder calificar jurídicamente a la conducta, atender a la intencionalidad de los sujetos que la ejecutaron.⁷ Situación que se analizara en el presente trabajo, cuando se trate cada uno de los ilícitos que se actualizan con la realización de la conducta. Lo que no nos impide referirnos de manera somera a los supuestos que se presentan cuando una persona humana crea, en forma de pólizas, documentos en los que pretende documentar el otorgamiento de una fianza, (como acto jurídico) atribuible a una institución afianzadora debidamente autorizada.

2.1.- Tipos de Conducta que pueden presentarse.

La conducta desplegada por el activo, puede revestir varias formas:

a. Esporádica y no onerosa.- Cuando el sujeto realiza la conducta ocasionalmente⁸ y no recibe por ella una remuneración.

Pareciere que esta forma de la conducta, es atribuible a quien debe satisfacer como requisito para la celebración de un acto, el exhibir una póliza de fianza expedida por institución autorizada y no le es posible por diversas causas. Lo que nos lleva a presumir que el autor, atendiendo al fin de satisfacer el requisito, es quien aparentemente funge como fiado en el documento apócrifo.

Algunos fiados utilizan equipos de cómputo locales para generar imágenes que luego imprimen en folios previamente duplicados, y con los cuales pretenden garantizar obligaciones. Es decir, pretenden satisfacer el requisito de la póliza de fianza y así poder obtener la asignación y realizar la ejecución del contrato "garantizado".

Sin embargo, podría también tratarse de un "beneficiario", quien dado que no se le cumplió, pretenda hacer efectiva una póliza de fianza, la cual no le fue exigida a su deudor con la oportunidad debida.

También pudiera presentarse que lo que se pretenda con la elaboración del documento apócrifo, sea obtener un lucro indebido.

b. Esporádico y onerosa.- Cuando el sujeto la realiza de forma ocasional, pero a cambio recibe una remuneración o provecho.

Esta modalidad de la conducta en estudio, es atribuible, consideramos, a un tercero que nada tiene que ver con el acto que exige, para su celebración, el otorgamiento de una fianza por institución debidamente autorizada para ello. Lo que nos lleva a presumir que

⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas. ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA. México 2002. Edit. Porrúa. Pag. 255

⁸ Ibidem. p. 11

el autor de la conducta, dada las circunstancias especiales del caso, no la considera como su actividad preponderante.

c. Habitual y onerosa.- Cuando el sujeto realiza la conducta reincidentemente⁹ y obtiene cada una de las veces, un provecho o remuneración.

En este caso, al igual que el anterior, podríamos decir que es atribuible a un tercero que nada tiene que ver con el acto que exige el otorgamiento de la fianza. Contrario al caso anterior, en este supuesto consideramos que el autor de la conducta sí hace de ésta su actividad preponderante.

Es una persona que se dedica a la creación y expedición de documentos, en forma de pólizas, en los que se pretende documentar el otorgamiento de una fianza, atribuible ésta a una institución debidamente autorizada.

Existen mercados informales lo cuales constituyen el mayor grupo de personas que se dedican a esta actividad ilícita. Inclusive se ha observado que estos activos buscan tener contacto con las dependencias que demandan la fianza, y tratan de establecer relaciones con personas de estas dependencias para obtener el direccionamiento de los posibles "fiados". Igualmente, se ha observado que hay fiados que sistemáticamente acuden a esos mercados para obtener estos documentos.

Nos hemos venido refiriendo hasta ahora, que lo que se pretende documentar mediante la elaboración y expedición de documentos en forma de pólizas, es el otorgamiento de fianza, atribuible éste (el otorgamiento) a una institución debidamente autorizada.

2.2.- ANÁLISIS DEL OTORGAMIENTO DE FIANZA.

Es importante establecer quiénes pueden emitir fianzas en forma de pólizas y quienes más, pueden simplemente otorgar fianza como acto jurídico.

Para efectos de lo anterior debemos primero que nada referir que existen diversas clases de fianza. La civil, mercantil y la de empresa. Siendo importante el identificar a cada una de ellas.

- **Fianza Civil.-** Regulada el Código Civil Federal, en su Libro Cuarto, Segunda Parte, Título Décimo Tercero.

Del cúmulo de artículos que regulan la fianza de esta naturaleza, es conveniente destacar que el 2811 establece la prohibición de otorgar fianzas mediante la expedición de pólizas. Es importante lo anterior, ya que dicha forma de otorgamiento de fianza, está reservado para las instituciones autorizadas en términos del artículo 5 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Sin embargo, ello no quiere decir que las fianzas sean exclusivas de dichas instituciones. De ahí que se haga la prohibición a que nos referimos.

⁹ Pavón Vasconcelos Francisco. DICCIONARIO DE DERECHO PENAL. México 2003. Edit. Porrúa. Pag. 547

- **Fianza Mercantil.-** Si bien es cierto dicho acto no encuentra una regulación específica en el Código de Comercio, consideramos que la misma se presenta cuando se da entre comerciantes. (acto de comercio)

Empero, la prohibición de otorgar dichas fianzas mediante la expedición de pólizas queda vigente en este tipo, ya que dicha forma de otorgamiento está reservada para las instituciones debidamente autorizadas, amén, que al no contar con una regulación específica en el Código de Comercio, es aplicable, supletoriamente el Código Civil Federal (art. 2 del Código de Comercio) el que, según hemos apuntado, establece tal prohibición.

De aquí que consideremos como elementos distintivos de estos tipos de fianza, el que se otorguen de manera esporádica.

- **Fianza de empresa.-** Es un acto regulado por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

A diferencia de la fianza civil y mercantil, la de empresa es la que puede ser otorgada de manera habitual y a título oneroso. ¿Quién puede otorgar la fianza de empresa?

Esta tipo de fianza sólo puede ser otorgada por personas morales que tienen como objeto preponderante el otorgar fianzas de manera habitual y a título oneroso, quienes para desarrollar tal actividad deben contar con la autorización a que se refiere el artículo 5 de la Ley federal de Instituciones de Fianzas.

Es importante resaltar en este punto en particular, que dado que la actividad de otorgar fianzas de esta manera (habitual y onerosa) su otorgamiento debe revestir ciertas características. En el caso en concreto, el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala que el otorgamiento de fianza se hará mediante la expedición de pólizas.

De aquí que tome relevancia la prohibición del artículo 2811 del Código Civil Federal, que tratamos anteriormente y que se inconcuso concluir que sólo las Instituciones de Fianzas pueden otorgar fianzas mediante la expedición de pólizas.

Conviene en este punto del trabajo, realizar las siguientes preguntas:

¿Toda póliza prueba una fianza?

No necesariamente (art. 117 y 12 L.F.I.F). Habría que valorar si la voluntad del supuesto otorgante de la fianza coincide con el autor material de la póliza en donde se hace constar ésta. Es decir, debe haber coincidencia entre la voluntad de quien la expide y la voluntad de a quien se imputa su creación. En este sentido sólo se daría la coincidencia si tal póliza fuere auténtica.

Es decir, que será auténtica si la creación del documento en forma de póliza, fue efectivamente creada por la Institución de Fianzas de que se trate.

Contrario sería si dicho documento en forma de póliza, no fue creado por la Institución de Fianzas, sino por un tercero que pretende documentar el otorgamiento de fianza. En tal caso estaríamos frente a una póliza, entendiendo a ésta como el documento mismo, no auténtica.

¿La póliza es constitutiva?

La póliza no es constitutiva sino sólo cuando su expedición es atribuible a la Institución de Fianzas, es decir, cuando tal póliza es auténtica.

¿Entonces, cuándo una póliza de fianza es auténtica?

Cuando la misma es atribuible a la Institución de Fianzas que aparece como otorgante de la fianza de que se trate.

¿La póliza es atribuible por el solo hecho de utilizar el nombre de la Institución?

No. La póliza sólo será atribuible cuando su expedición sea producto del otorgamiento volitivo por parte de la Institución de Fianzas, es decir, que sea auténtica.

¿Cuándo una póliza será apócrifa o no auténtica?

La póliza será apócrifa cuando la misma no sea atribuible o cuando no sea auténtica. Es decir, cuando el documento creado en forma de póliza, no documente el otorgamiento real de una fianza sino sólo aparentemente. Ello, dado que la institución a la que se le pretende atribuir el otorgamiento, no dio su voluntad para ello.

¿Es lo mismo una póliza apócrifa a una póliza expedida sin autorización o en exceso de facultades de algún emisor?

No. La expedición de pólizas auténticas haciendo constar el otorgamiento de fianzas que van más allá de las facultades delegadas al creador de la póliza, nos lleva al campo del abuso de confianza. Supuesto no es materia de la exposición.

La "póliza" que expide o crea el facultado o mandatario fuera del proceso que la hace auténtica ¿da lugar a una póliza apócrifa?

Sí da lugar a una póliza apócrifa, ya que al no haber seguido los lineamientos establecidos por la institución de que se trate, no puede considerarse que la expedición sea el resultado de la voluntad de ésta para haber otorgado la fianza. Se trata igualmente de una póliza no auténtica.

Esto aún en el caso de agentes mandatarios, ya que la expedición de una póliza no auténtica se debe ver como un acto ilegal ya que el poder no alcanza para legitimar una póliza apócrifa.

¿Cómo se demuestra que una póliza es atribuible a una Institución?

En este punto habrá que diferenciar los procesos de expedición que se basan en constancia escrita (póliza papel) y los procesos que se basan en la generación de archivos y registros digitales (póliza electrónica).

Para que una póliza sea considerada auténtica, deberá atenderse a que la misma haya cumplido ya con los requisitos legales, ya con los establecidos por la institución.

Los primeros (legales) están regulados por los arts. 12, 117, 86 bis y 84 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

En los procesos de expedición vía papel, será atribuible cuando el medio de impresión sea original y además la firma y contenido de la póliza también sean originales.

En los procesos de expedición digital, será atribuible cuando la póliza, con independencia del medio de reproducción, corresponda a un registro en el sistema y en la contabilidad, y al procedimiento de expedición Institucional.

¿Por qué en los procesos digitales no se menciona la idea de la originalidad el formato de impresión?

Tratándose de nuevas tecnologías, la voluntad del fiador consta en el archivo o registro digital, por ello es intrascendente que la póliza apócrifa se maquile en "papel original". Este papel es un mero formato de impresión para "reproducir" el archivo digital o póliza digital.

Pensemos en un boleto de avión. La obligación de la aerolínea de permitir al pasajero a realizar el viaje, no se sustenta en el hecho que el boleto se encuentre impreso en un determinado papel.

Depende exclusivamente que la aerolínea tenga un archivo digital en el que conste precisamente el Boleto de avión. Quién de nosotros no ha impreso su "boleto" en un papel Bond sin características especiales.

O mejor aún, quien de nosotros no ha llegado al mostrador con su simple identificación para que en ese momento le sea impreso su " boleto" Es decir, la validez del boleto no dependerá de su impresión, sino que los datos de éste consten en un archivo digital.

Igualmente para con las pólizas electrónicas. Éstas no serán auténticas por el hecho de estar impresas en papel oficial. Serán auténticas en tanto obre un archivo digital con los datos específicos de la fianza.

¿Por qué en los procesos digitales no se incluye la idea de que en la póliza debe constar la voluntad expresada por la Institución?

Tratándose de nuevas tecnologías, el tenor de la voluntad del fiador en el texto mismo, no forma parte de la identificación del origen auténtico de la póliza, ya que tal manifestación se da en virtud de que la póliza se emita conforme al procedimiento de la Institución.

¿En este ilícito, por qué se utiliza el nombre de las Instituciones de Fianzas legalmente autorizadas y no otro diverso?

En el mercado en el que se mueven los creadores de pólizas no auténticas, son bien conocidos los nombres de las Instituciones y por ello, al utilizar el nombre de estas Instituciones establecidas, lo que busca el activo del ilícito es que tal póliza le sea aceptada y de esta forma lograr el resultado buscado. Esta aceptación no se lograría si no se utiliza dicho nombre.

No es lógico pensar que estos activos del ilícito, crearan documentos en forma de pólizas, en el que aparentaran el otorgamiento de fianzas a instituciones no autorizadas. Difícilmente el destinatario de la póliza la aceptaría.

¿Qué ilícito se actualiza cuando alguien crea y comercializa documentos en forma de pólizas, para aparentar el otorgamiento de fianzas?

Tenemos diversos tipos penales que pueden describir la conducta típica descrita. Estos tipos se encuentran previstos en las leyes penales locales, en el Código Penal Federal, en la Ley de Propiedad Industrial y en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, según nuestra apreciación.

La conducta observada se puede desplegar en grado de autoría material y en grado de participación delictuosa.

Algunos de los tipos admiten la tentativa (sólo cuando no es aceptada la póliza por el beneficiario); en otros casos sólo el grado de delito consumado (cuando ésta es aceptada, con independencia de si se reclama o no). Puede darse el caso de que se presenta la póliza apócrifa sólo para garantizar y puede cumplirse la obligación. Aún así se actualiza la conducta al afectarse el bien jurídico tuteado y al haberse agotado el ilícito. Nos enteramos de la creación ilegal, muchas veces por los oficios de devolución de pólizas no auténticas.

3.- VARIANTES DE LA CONDUCTA.

El activo de la conducta, la realiza de manera distinta, siendo importante evidenciar cada una de éstas para poder estar en aptitudes de saber que es la acción que debe tomarse para salvaguardar los intereses.

3.1.- VARIANTES EN EL MEDIO DE COMISIÓN (MODUS OPERANDI PARA CREAR PÓLIZAS APÓCRIFAS "COPIANDO" PÓLIZAS AUTÉNTICAS EXPEDIDAS EN DOCUMENTO CON FIRMA AUTÓGRAFA).

Tipo 1.- Folio original con firma autógrafa auténtica, con contenido falso (alteración).

En un folio original o papelería oficial de la Institución de Fianzas de que trate, se altere el contenido del documento mismo. Es decir, la institución de fianzas expide una póliza a través de un folio original, el cual contiene firma autógrafa, también auténtica, y con un contenido específico. (Datos de la obligación garantizada).

Sin embargo, el activo del ilícito, una vez que cuenta con la póliza, altera el contenido original. (Cambia los datos de la obligación garantizada).

El artículo 12, párrafo último, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, establece que todas las fianzas que se emitan en papelería oficial (folio original) y con firma autógrafa, se considerarán válidas, salvo prueba en contrario.

Tipo 2.- Folio original con firma autógrafa falsa (con nombre simulado o pretendiendo usurpar un nombre existente) y con contenido falso.

La póliza es expedida en papelería oficial de la institución de que se trate (folio original), pero la firma autógrafa que ostenta no es atribuible a la persona que aparentemente lo suscribe, o es suscrito por alguien ajeno a la institución y el contenido mismo (datos de la obligación garantizada) no corresponden con la realidad.

Tipo 3.- Folio falsificado (papel común o papel "seguridad"), con contenido y firmas falsas (se puede utilizar un nombre simulado o pretendiendo usurpar un nombre de alguna persona facultada).

El activo crea el documento en forma de póliza en papelería no considerada oficial, estampando un contenido (datos de obligación garantizada) no acordes con la realidad y estampando además, una firma no atribuible a la persona que aparece como suscriptor del documento.

Estas variantes se identifican con el hecho que el activo, pudiendo tener papelería oficial, pretende simular el otorgamiento de fianzas en éstos. En estas la firma autógrafa es la que da autenticidad al documento, y por tanto las pruebas se relacionan en determinar si la firma es o no auténtica.

Es conveniente asentar en este punto, lo que debemos entender por firma:

Firma.- Es un signo gráfico, íntimo y personal de cada individuo, compuesto de rasgos de figura caprichosa que se adhieren al trazo magistral, puesto con solidez y estabilidad por una

persona y con la que ampara la autenticidad de sus actos y la legitimidad de sus compromisos.¹⁰

Firma auténtica o autógrafa.- Es la que tiene todos los atributos personales de la persona a la que corresponden y a quien se atribuyen.¹¹

En los términos apuntados, tendremos entonces que la póliza, cuando su medio de expedición es documental, será considerada auténtica en tanto: i) sea impresa en papelería oficial (folio original) ii) cuente con firma autógrafa y; iii) su contenido (datos de la obligación garantizada) corresponda con el asentado originalmente.

3.2.- VARIANTES EN EL MEDIO DE COMISIÓN. (MODUS OPERANDI PARA CREAR DOCUMENTOS EN FORMA DE PÓLIZAS APÓCRIFAS “COPIANDO” PÓLIZAS AUTÉNTICAS EXPEDIDAS EN DOCUMENTO DIGITAL).

Si bien es cierto hemos dicho ya que la conducta puede presentar diversos matices, también lo es que los medios para la obtención de la misma son diversos. De aquí la importancia de identificar cada uno de estos medios.

Tipo 1.- Formato de impresión en papelería oficial (folio original), con imagen falsa dibujada con plantilla utilizando algún software. (p. ej: Word).

El activo, teniendo en su poder papelería oficial de la institución de fianzas de que se trate, previo diseño de la imagen y datos de la obligación garantizada en un software determinado, los imprime en el documento oficial. (Folio original)

Esto es, crea una imagen (supongamos en Word) que se asemeje a las utilizadas por la institución de que se trate (imágenes, tamaño de letra, etc.), en la que asienta los datos de la obligación a garantizar. Una vez que tenga la imagen en cuestión la imprime en la papelería oficial.

Tipo 2.- Formato falsificado (papel común o seguridad), con imagen dibujada con plantilla utilizando algún software (p. ej: Word).

En este supuesto no llega a duplicarse la póliza digital, ya que esta obra en un archivo electrónico. El activo posee documentos muy similares a los considerados oficiales por la institución de fianzas de que se trate y en éstos, imprime la imagen que previamente formuló.

Es importante resaltar que en estos supuestos, la calificación de auténtica o no auténtica que se da a la póliza, dependerá de que los datos asentados en el documento en cuestión, estén correspondidos con un archivo digital. Por ello es que la papelería oficial en la que se imprimen las imágenes que arroja el sistema una vez creado el archivo digital, no cuentan con formas autógrafas, sino facsimilares.

En este modus operandi sólo se crea la aparente reproducción. Es decir, lo que el activo pretende, es hacer creer que el documento expedido sí está realmente correspondido con un

¹⁰ González Emigdio Anatolio y Cervantes Flores Agustín. GLOSARIO DE DOCUMENTOS CUESTIONADOS. México 2005. Edit. INADEJ. Pag. 206

¹¹ Ibidem

archivo digital. No entra la discusión de las firmas y nombres de quien suscribe puesto que tales datos son facsimilares.

En esta variante, los creadores de documentos en forma de póliza, pretenden duplicar las que constan en imágenes. Estos falsificadores no logran alterar el registro digital ni los archivos digitales. Se limitan a crear una constancia.

Lo hacen en equipos locales. (sin acceder a los sistemas centrales de la Institución).

La firma autógrafa de las personas autorizadas no existe en el documento, ya que en este se estampa una firma facsimilar. Firma facsimilar es el retrato de una firma. Ningún facsímil puede ser el substituto de la firma.¹² El facsímil no expresa voluntad.

En esta variante no puede objetarse la firma, al no obrar de manera autógrafa en el documento.

¹² Ibidem p. 22

4.- SITUACIONES QUE FAVORECEN LA REALIZACIÓN DE ESTAS CONDUCTAS.

4.1.- LA FALTA DE CULTURA DE VALIDACIÓN.

Consideramos en primer término, que las instituciones que integramos el sector afianzador, deberíamos hacer por crear una cultura de validación.

No obstante que puede considerarse una obligación exclusiva de los beneficiarios (el validar) de fianzas, también lo es que debemos complementarnos para erradicar en la medida de lo posible esta conducta que tanto afecta al sector. Pero deben señalarse en particular, algunas de las conductas que hemos observado y que ayudan a la realización de esta conducta.

4.2.- FALTA DE CLARIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS.

La ley no les exige validar la fianza, sólo tienen que comprobar que les exhiban la póliza. No está definida la responsabilidad de los servidores en este tipo de ilícitos. ¿Cuándo hay impericia? ¿Cuándo hay descuido? ¿Cuándo hay mala fe? (falta de cuidado al recibirlas sin verificar su autenticidad).

4.3.- FALTA DE INTERÉS DE LAS AUTORIDADES MINISTERIALES.

Las autoridades ministeriales no son realmente inquisitivas. Se limitan, en la mayoría de las ocasiones, a ver la forma de dar "salida al asunto" de la manera más fácil.

Para ellos sólo es cuestión de estadística. ¿Cuántos asuntos se consignaron, cuántos se resolvieron, cuántos en la reserva, etc.? Desgraciadamente, la autoridad ministerial apunta a los asuntos que no requieren de una verdadera labor de investigación y estudio.

Los beneficiarios públicos no tienen previstos en sus procesos ni en sus leyes reglamentarias medios de defensa o de seguimiento para este tipo de conductas. En esta materia no existen disposiciones claras sobre los que debe hacerse cuando se detecta una póliza apócrifa. Aún en estos casos optan por los medios de ejecución "tradicionales" (los que dependen de una póliza auténtica).

La Ley no les da un medio eficaz de defensa contra este tipo de conductas, por lo que se empeñan en considerar a la póliza, como auténtica y de esa forma desvirtuar posibles responsabilidades.

4.4.- FALTA DE INTERÉS EN LOS BENEFICIARIOS PARA DENUNCIAR ESTOS HECHOS.

Los beneficiarios se ocupan más de cubrir la responsabilidad, y por lo tanto no presentan denuncia de hechos.

Lo anterior deriva, precisamente, de la falta de claridad en las leyes que establezca la obligación de éstos de verificar la autenticidad de las pólizas que les son exhibidas, así como la responsabilidad de la que pueden ser objeto en caso de no hacerlo y resultar una póliza no auténtica.

Nuevamente se empeñan de eludir sus responsabilidades, razón por la que lejos de convertirse en un accionante para que sea perseguida y castigada la conducta, se convierte en un obstáculo.

4.5.- EN CUANTO A LA INSTITUCIÓN DE FIANZAS.

No siempre se producen consecuencias económicas para las Instituciones. Con esta conducta no se busca generar un daño a las instituciones de fianzas. Sin embargo, existe el riesgo de quebranto. El índice de pólizas reclamadas es ínfimo. Es decir, conocemos de estos eventos vía validación o vía notificación de la cancelación de la póliza por parte del beneficiario o del fiado o vía solicitud de endosos o renovaciones a dichas pólizas de fianza apócrifas.

En cuanto al supuesto beneficiario.- El pasivo de estas conductas es el beneficiario. Obviamente el beneficiario no está garantizado en caso de incumplimiento de dicho contrato. Se busca "satisfacer" el requisito de la fianza en los contratos a celebrar. Puede haber consecuencia no económicas (por haber ejecutado el contrato sin garantías) y consecuencias económicas, por no tener forma de resarcir los daños derivados de un incumplimiento.

En cuanto al supuesto fiado.- El supuesto fiado puede resentir los efectos de esta conducta al haber pagado "primas" y al no obtener una póliza auténtica.

¿La ausencia de consecuencias es razón para considerar que es una conducta ilícita irrelevante?

Para responder a esta pregunta, es necesario hacer ver a nuestro amable lector, que existen delitos de lesión o materiales y de peligro.

Por los primeros entendemos a aquéllos que con los su comisión, se genera un daño palpable al bien jurídico tutelados, mientras que por los segundo entendemos a aquéllos, que con su comisión, se genera una amenaza al bien jurídico tutelado¹³.

En el caso de la conducta en estudio, tenemos entonces que la ausencia de consecuencias tangibles, no es sinónimo que la misma sea irrelevante, ya que al actualizarse la misma (la conducta) se pone en peligro al bien jurídico tutelado. Ya que todas las pólizas apócrifas que se acepte en garantía es una póliza sin sustento, significa un probable quebranto en perjuicio de un beneficiario.

Ello porque los procesos de validación de autenticidad son vistos como procesos de auditoría y no como procesos preventivos.

Los beneficiarios detectan la no autenticidad en los procesos de auditoría y no en los procesos de licitación ni contratación. Estos es, cuando son objeto de una revisión por parte de un tercero y éstos, dado el carácter punitivo con el que normalmente actúan, son quienes proceden a la validación de estos documentos.

¹³ Zamora Jiménez Arturo. CUERPO DEL DELITO Y TIPO PENAL. México 2000. Edit. Angel Editor. Pag. 177

Situación en la que ya están en riesgos los recursos, ya que el contrato ya habrá sido celebrado, quedando el supuesto beneficiario a costas del cumplimiento que el supuesto fiado opte por realizar.

Aquí nuevamente se pone en evidencia la falta de cultura para la validación de documentos.

5.- DE LOS ILÍCITOS QUE SE COMETEN.

Entremos ahora al estudio de los diversos ilícitos que se producen con la realización de la conducta.

Es importante antes de desarrollar el tema, dejar en claro que con una misma pueden actualizarse diversos ilícitos. Como en la especie ocurre.

Al respecto, señala el artículo 28 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, que habrá concurso ideal, cuando con la sola realización de una conducta, se cometan diversidad de ilícitos, mientras que el concurso real, consiste en que con pluralidad de acciones u omisiones, se cometen diversidad de ilícitos. Igualmente el Código Penal Federal, establece el concurso de delitos en su artículo 18.

Con el propósito de lograr un estudio más sistemático, resulta conveniente dar a nuestro lector una definición de delitos.

El maestro francisco Pavón Vasconcelos,¹⁴ señala que el delito es:

"La conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, considerando que son cinco los elementos que lo componen: a) una conducta o un hecho; b) la tipicidad; c) la antijuricidad; d) la culpabilidad; e) la punibilidad."

Es procedente en este caso en particular, definir los elementos a los que hemos aludido:

- **Conducta:** El hecho descrito por el legislador en la normas de carácter penal; y cuya adecuación puede o no presentarse con el comportamiento humano.
- **Tipicidad:** Que el hecho atribuible al ser humano, se adecue con la descripción hecha en la norma de penal.

Para lograr lo anterior, es decir, la adecuación de la conducta al tipo penal, es necesario analizar lo elementos de los que se compone la descripción hecha por el legislador. Existen tres tipos de elementos:

- **Objetivos.-** Aquéllos que son perceptibles a través de los sentidos.
- **Subjetivos.-** Que atienden al fin o motivo del activo al realizar la conducta.
- **Normativos.-** Aquéllos juicios de valoración, que necesariamente debe hacer el juzgador para determinar si la conducta desplegada por el activo se adecua al tipo previsto en la norma penal.

Asimismo, existe la necesidad que se satisfaga la antijuridicidad (que la conducta desplegada por el ser humano, contradiga a las normas del Derecho).¹⁵

¹⁴ Pavón Vasconcelos Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. México 1995. 12ª edición. Edit. Porrúa. Págs. 178-179

¹⁵ Pavón Vasconcelos Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. México 1995. 12ª edición. Edit. Porrúa. Págs. 318-319

De igual forma se requiere que se satisfaga la culpabilidad (es la actitud subjetiva reprochable. Es con el ánimo que el activo lleva a cabo la conducta).

En este punto en particular, debemos mencionar que el activo puede actuar de manera dolosa o culposa.

-Dolo.- Cuando el activo realiza de forma intencional la conducta típica

-Culpa.- Cuando el activo, de manera no intencional, realiza la conducta típica.

También debe existir pena prevista en la norma (punibilidad).

Conviene también señalar que los delitos pueden revestir modos de comisión distintos. Los hay de naturaleza instantánea, permanente o continuada.

- **Instantáneos:** Aquéllos que sean consumados en el mismo momento en que se realice la conducta.¹⁶
- **Permanentes:** Cuando se viola el mismo precepto legal y la consumación se prolonga por en el tiempo.¹⁷
- **Continuados:** Cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal.¹⁸

Una vez que tenemos identificado lo que debemos entender por delito, los elementos de los que se componen, así como las formas de comisión, toca el turno al análisis de los delitos en particular que –consideramos – se dan cuando se presenta la conducta en estudio. Esto es, cuando una persona crea documentos en forma de pólizas, aparentando en ellos el otorgamiento de una fianza atribuible ésta a una institución debidamente autorizada en términos del artículo 5 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

¹⁶ Artículo 17 del Nuevo Código Penal para el distrito Federal

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ *Ibidem*

6.- LA FALSIFICACIÓN.

Según dijimos al inicio del presente trabajo, la falsificación es como comúnmente identificamos a la conducta en estudio. Sin embargo, es incorrecto hablar de falsificación de pólizas de fianza, ya que lo que en verdad ocurre, es que se crea un documento en forma de póliza, en la que se aparente documentar una fianza.

Empecemos entonces por definir lo que es la falsificación:

Definición de falsificación: Es el proceso por el cual se realizan una serie de maniobras sobre un documento, para hacerlo pasar como si fuera auténtico en el caso de que no lo sea, o para alterar su contenido original.¹⁹

- a) Regulación: El delito de falsificación se encuentra regulado en el Código Penal Federal y en cada uno de los Códigos Penales de las Entidades Federativas.
- b) Aplicación Espacial: (Territorial de la Ley) Es un delito que puede cometerse en el orden federal y en el orden local. La diferencia de orden corresponde al pasivo del ilícito. Las Instituciones de Fianzas, aún y cuando son reguladas por una Ley Federal, son consideradas sujetos al orden local.
- c) Competencia para la aplicación de la norma: Dependerá del lugar en donde se pretenda usar el documento falsificado.

6.1.- TIPO PENAL FEDERAL Y SUS ELEMENTOS

- a) Conducta: Se encuentra descrita en el artículo 244 del Código Penal Federal.

“ARTICULO 244.- El delito de falsificación de documentos se comete por alguno de los medios siguientes:

I.- Poniendo una firma o rúbrica falsa, aunque sea imaginaria, o alterando una verdadera;

II.- Aprovechando indebidamente una firma o rúbrica en blanco ajena, extendiendo una obligación, liberación o cualquier otro documento que pueda comprometer los bienes, la honra, la persona o la reputación de otro, o causar un perjuicio a la sociedad, al Estado o a un tercero;

...

VII.- Añadiendo o alterando cláusulas o declaraciones, o asentando como ciertos hechos falsos, o como confesados los que no lo están, si el documento en que se asientan, se extendiere para hacerlos constar y como prueba de ellos...”

b) Tipicidad: Para que se consume deben acreditarse los extremos que refiere el artículo 245 del Código Penal Federal:

¹⁹ González Emigdio Anatolio y Cervantes Flores Agustín. GLOSARIO DE DOCUMENTOS CUESTIONADOS. México 2005. Edit. INADEJ. Pag. 185

“ARTÍCULO 245.- Para que el delito de falsificación de documentos sea sancionable como tal, se necesita que concurren los requisitos siguientes:

- I.- Que el falsario se proponga sacar algún provecho para sí o para otro, o causar perjuicio a la sociedad, al Estado o a un tercero;
- II.- Que resulte o pueda resultar perjuicio a la sociedad, al Estado o a un particular, ya sea en los bienes de éste o ya en su persona, en su honra o en su reputación, y
- III.- Que el falsario haga la falsificación sin consentimiento de la persona a quien resulte o pueda resultar perjuicio o sin el de aquella en cuyo nombre se hizo el documento.”

Es importante referir en este elemento en particular del delito en estudio, que en el mismo concurren elementos de carácter normativo y subjetivo. Efectivamente, en este delito en particular, deberá hacerse una valoración por parte del juzgador para adecuar la conducta al tipo, como lo son el determinar si se trata de un documento público o privado, lo que debe entenderse por consentimiento, honra y reputación.

Igualmente deberá realizarse un análisis de los elementos subjetivos, como lo pueden ser “El que se “proponga” sacar un provecho para sí o para otro.”

c) Antijuricidad.- Es una conducta reprochada por el derecho.

En el caso en concreto, se encuentra contemplada en el Código Penal Federal, en su Libro Segundo, Título Décimo Tercero, Capítulo IV.

d) Culpabilidad.- Es una conducta cuya realización es necesariamente intencional. Es decir, se actúa por dolo

Efectivamente, el que crea el documento en forma de póliza para aparentar el otorgamiento de una fianza, necesariamente actúa de manera intencional. En primer término porque éste sabe y le consta que dicha póliza apócrifa, no es vinculante con la institución a quien se le pretende atribuir el otorgamiento de fianza.

Tan es así, que él mismo crea (expide) el documento, no obstante que sabe que el mismo debe ser expedido por la institución de que se trate.

e) Punibilidad.- El artículo 243 del Código Penal, establece la sanción por la realización de la conducta.

“ARTÍCULO 243.- El delito de falsificación se castigará, tratándose de documentos públicos, con prisión de cuatro a ocho años y de doscientos a trescientos días multa. En el caso de documentos privados, con prisión de seis meses a cinco años y de ciento ochenta a trescientos días multa.”

En términos de la sanción que establece para la falsificación de documentos falsos de naturaleza privada, tenemos que en el caso en concreto es un delito considerado como no grave.²⁰ y que se persigue de oficio.²¹

²⁰ El artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece los delitos que deben ser considerados como graves.

6.2.- TIPO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL Y SUS ELEMENTOS:

a) Conducta: Se encuentra contemplada en el artículo 339 del Código Penal del Distrito Federal.

“ARTÍCULO 339. Al que para obtener un beneficio o causar un daño, falsifique o altere un documento público o privado, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cien a mil días multa, tratándose de documentos públicos y de seis meses a tres años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa, tratándose de documentos privados....”

Por su parte, el artículo 342 del ordenamiento legal invocado, describe la conducta, cuando se trate de falsificación de imagen.

“ARTÍCULO 342. Se impondrán de uno a tres años de prisión y de cincuenta a mil días multa al que, para obtener un beneficio o causar un daño, indebidamente produzca o edite, por cualquier medio técnico, imágenes, textos o voces, total o parcialmente falsos o verdaderas.”

b) Tipicidad.- Habrá que analizar a la luz de los elementos que componen a la tipicidad, si está efectivamente se actualiza con la realización de la conducta.

-Elemento objetivo.- Es el documento en sí. En el caso en concreto la póliza apócrifa.

-Elemento Subjetivo.- Habrá que ver si el activo pretendió, al realizar la conducta, obtener un beneficio o causar un daño.

-Elemento Normativo.- Distinguir entre documento público y privado, así como el calificativo “indebidamente”

c) Antijuridicidad.- Es una conducta reprochable por la norma penal, al estar así dispuesto en el Libro Segundo, Título Vigésimo Quinto, Capítulo IV del código Penal para el Distrito Federal.

d) Culpabilidad.- Es una conducta cuya realización es necesariamente intencional. Es decir, se actúa por dolo.

Efectivamente, el que crea el documento en forma de póliza para aparentar el otorgamiento de una fianza, necesariamente actúa de manera intencional.

En primer término porque éste sabe y le consta que dicha póliza apócrifa, no es vinculante con la institución a quien se le pretende atribuir el otorgamiento de fianza. Tan es así, que él mismo crea (expide) el documento, no obstante que sabe que el mismo debe ser expedido por la institución de que se trate.

e) Punibilidad.- Los artículos 339 y 342 del Código Penal para el Distrito Federal, establecen la sanción por la realización de la conducta.

²¹ El artículo 113 del Código de Procedimientos penales, establece tal condición de manera genérica.

En términos de la sanción que establece para la falsificación de documentos falsos de naturaleza privada, tenemos que en el caso en concreto es un delito considerado como no grave.²² y que se persigue de oficio, al no estar reservada su persecución a la querrela o denuncia.²³

6.3.- BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL DELITO DE FALSIFICACIÓN.

El bien jurídico tutelado en este delito es la fe pública. A la fe pública referida es aquella que las personas tienen sobre los documentos y demás constancias que surgen en el desarrollo de las operaciones. Es decir, no se trata del concepto fe pública (como atribución de notarios o corredores), sino a la credibilidad que el común de las personas otorgan a ciertos documentos de la vida diaria.

Son conductas que concretan ataques a la fe pública por hacer aparecer como auténticos y reveladores de verdad, signos representativos o documentos que dan cuenta de lo pasado, cuando no son auténticos o mienten sobre lo presentado.

6.4.- TIPOS DE FALSIFICACIÓN:

a) FALSIFICACIÓN MATERIAL.

Es la alteración física y sensible de un documento que se puede dar: por imitación, pretendiendo suplantar letras o firmas ajenas.

b) FALSIFICACIÓN IDEOLÓGICA.

Se produce siempre con el fin de lesionar intereses ajenos, por medio de la imitación, suposición, la alteración, la ocultación o supresión total o parcial de lo que es realidad.

6.5.- EN EL CASO EN CONCRETO.

La conducta en estudio puede calificarse como delito de falsificación, toda vez que el activo que crea una póliza apócrifa, pretende hacer creer que dicho documento es el resultado del otorgamiento de una fianza atribuible a una institución afianzadora, cuando no lo es.

Este delito puede realizarse por el creador del documento que lo hace de manera profesional, ósea un tercero que nada tiene que ver con la obligación a garantizar o por el "fiado", que al necesitar satisfacer el requisito de exhibir una póliza de fianza, crea tal documento para satisfacer el requisito.

En la descripción típica, no se incluyen en los elementos de la habitualidad ni la onerosidad.

Lo que nos lleva a concluir que con el simple hecho de crear un documento en forma de póliza y ésta no sea considerada auténtica, con independencia si tal elaboración fue a cambio de una retribución económica o lo hace por una única ocasión, que se consuma el delito en estudio. La

²² Artículo 133 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

²³ Artículo 263 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

falsificación aplica tanto a la póliza expedida en papel como a la expedida en medio digital. Ambas son consideradas un documento.

Efectivamente, si la autenticidad de la póliza depende de que la misma obre en papelería oficial con firma autógrafa, el activo podrá hacer variaciones en el documento mismo. (Alterando el contenido del mismo, suplantando un nombre o haciendo una forme no atribuible a quien aparentemente la plasmo)

Igualmente podrá el falsificador, crear un documento en el que se aparente que éste es el resultado de la generación de un archivo digital, cuando en realidad no lo es. Es una simple impresión de una planilla elaborada en un software. Es decir, aparenta que el documento creado, es el resultado de la generación del archivo digital.

6.6.- MEDIOS DE PRUEBA QUE SE PROPONEN PARA DETERMINAR QUE LA PÓLIZA NO ES AUTÉNTICA Y QUE NOS ENCONTRAMOS FRENTE A UNA FALSIFICACIÓN.

Según dijimos al inicio de la presente investigación, es trascendental, para efecto de desahogar correctamente nuestra pruebas y acreditar que la póliza apócrifa no vincula a la institución de fianzas de que se trate (la que aparentemente la expidió) el identificar la modalidad de la conducta.

Para lo anterior, es necesario recordar los medios de comisión del ilícito, ya expuestos en capítulos anteriores.

6.6.1.- PÓLIZAS APÓCRIFAS “COPIANDO” PÓLIZAS AUTÉNTICAS EXPEDIDAS EN DOCUMENTO CON FIRMA AUTÓGRAFA).

Tipo 1.- Folio original con firma autógrafa auténtica, con contenido falso (alteración).

En la modalidad de referencia, consideramos como medios de prueba idóneos para acreditar que la póliza es apócrifa:

- a) Pericial en materia de Contabilidad.- En términos del artículo 63 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es obligación de las afianzadoras el registrar en su sistema de contabilidad, todas y cada una de las operaciones que lleven a cabo.

El desahogo de esta prueba, permitirá conocer la operación hecha originalmente. Por lo que si el activo alteró los datos de la misma, éstos no corresponderán con los asentados en el sistema contable.

- b) Pericial en materia de Documentoscopia²⁴: Una vez que se tiene conocimiento de la operación original, a través de esta prueba se podrá determinar si el texto original fue alterado.

Los datos originales de la operación, además de poder conocerse con la pericial en materia de contabilidad, pueden igualmente saberse a través del tanto de la póliza emitida que conserva la

²⁴ Es la disciplina que se encarga del análisis y estudio de todos y cada uno de los documentos.

institución. Dicho documento (el que conserva la institución) servirá también para dar a conocer los datos originales que se asentaron en la póliza que se presume es apócrifa.

Tipo 2.- Folio original con firma autógrafa falsa (con nombre simulado o pretendiendo usurpar un nombre existente) y con contenido falso.

En este tipo, consideramos como medios probatorios idóneos:

- a) Pericial en materia de Contabilidad.- Para los fines ya mencionados en el “tipo” que antecede.
- b) Pericial en materia de Grafoscopia²⁵.- El desahogo de esta prueba nos permitirá saber si la firma que calza el documento, es en verdad atribuible a la persona a quien aparente se le atribuye.
- c) Pericial en materia de Documentoscopia: Para los fines ya mencionados en el “tipo” que antecede

En esta modalidad, podría darse el supuesto que el folio original utilizado por el activo del ilícito, ya no sea actual. En tal caso, deberemos indicar a la autoridad desde que fecha se dejó de usar dicho formato y cuál es el que se utiliza a la fecha.

Tipo 3.- Folio falsificado (papel común o papel “seguridad”), con contenido y firmas falsas (se puede utilizar un nombre simulado o pretendiendo usurpar un nombre de alguna persona facultada).

Para esta modalidad de la conducta, consideramos que deben desahogarse las siguientes pruebas:

- a) La pericial en materia de contabilidad.- Para los fines ya precisados.
- b) La pericial en materia de Documentoscopia: Para efectos de determinar si el papel en el que fue impresa la póliza apócrifa, es o no papelería de la institución. (Folio original)
- c) En caso que el número de fianza asentado en la póliza apócrifa coincida (sólo en cuanto a número) con el número de fianza sí otorgada por la institución, deberá aportarse como prueba también, la documental, consistente en la póliza expedida en la que consta la fianza otorgada por la Institución.

Recordemos que el artículo 117 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, refiere que las instituciones asumirán obligaciones mediante pólizas numeradas. En tal virtud, es claro que no puede haber dos fianzas con idéntico número, atribuibles éstas a la misma institución.

²⁵ Es la disciplina de la Criminalística que estudia la escritura manuscrita impresa, generalmente en algún documento, a fin de determinar la autenticidad o falsedad de la escritura respecto de la atribución que de la misma se hace a una persona determinada. Cf. Octavio Orellana Wiarco y Octavio Orellana Trinidad GRAFOSCOPIA AUTENTICIDAD O FALSEDAD DE MANUSCRITOS Y FIRMAS. México 2008. Edit. Porrúa. 2ª Edición. Pag. 34.

Es importante resaltar que cuando nos encontramos en este supuesto (el tipo 3), será importante aportar a la autoridad los folios (papelería oficial) en los que la institución expida sus pólizas, para lograr el comparativo entre éste papel y el utilizado para crear la póliza apócrifa.

6.6.2.- PÓLIZAS APÓCRIFAS “COPIANDO” PÓLIZAS AUTÉNTICAS EXPEDIDAS EN DOCUMENTO DIGITAL.

Tipo 1.- Formato de impresión en papelería oficial (folio original), con imagen falsa dibujada con plantilla utilizando algún software. (p. ej: Word).

En este caso, consideramos oportuna el ofrecimiento y desahogo de las siguientes pruebas:

- a) La pericial en materia de Contabilidad.- Para los fines ya precisados.
- b) La Documental.- Consistente en el informe que se proporcione por perito expertos en sistemas, mediante el que se describa y explique el proceso que lleva a cabo la Institución de Fianzas de que se trate, para la creación del archivo digital.
- c) Pericial en materia de sistemas.- Para que por conducto de personal a cargo de la autoridad Ministerial, comprueben que el proceso descrito en el informe referido en el inciso que antecede, es correcto. Es decir, verificar si el proceso para la generación del archivo digital (donde consta el otorgamiento de la fianza) es de acuerdo a lo dicho en el informe.

Es importante destacar sobre este inciso en particular, que será trascendental para los resultados que se buscan (acreditas que la póliza es apócrifa) que los peritos se cercioren de las medidas de seguridad del sistema.

- d) Pericial en materia de sistemas.- En el que personal a cargo de la autoridad Ministerial, determine si la póliza tachada de apócrifa, tiene algún registro o archivo en el sistema de la Institución.
- e) Puede darse el caso que la póliza apócrifa contenga un supuesto número de fianza, el cual podría coincidir con una fianza efectivamente otorgada por la institución a través de la generación del archivo digital.

En este caso, la pericial arrojará precisamente que el número de fianza que se contiene en la póliza apócrifa, corresponde a una operación diversa.

Tipo 2.- Formato falsificado (papel común o seguridad), con imagen dibujada con plantilla utilizando algún software (p. ej: Word).

En este supuesto, deberán desahogarse toda y cada una de las probanzas referidas en el punto inmediato anterior, además de la documentoscopia, para efectos de acreditar que el papel en que fue impresa la póliza apócrifa, no es considerado oficial de la institución, ya que no cumple con las mismas características.

7.- OTROS ILICITOS.

Cuando la persona que crea el documento en forma de póliza, para aparentar el otorgamiento de una fianza, -con esa simple conducta –incurre en diversos ilícitos. Es lo que en materia penal conocemos como concurso de delitos, ya sea ideal o real.

Es ideal cuando con una sola conducta se producen diversos ilícitos, mientras que el real es cuando con diversas conductas, se producen diversos ilícitos.

Así pues, consideramos que con la conducta se pueden actualizar también los siguientes ilícitos.

- a) Fraude en perjuicio del supuesto fiado.
- b) Fraude en perjuicio del supuesto beneficiario.
- c) Uso de documento falso.
- d) Delitos previstos por la Ley de Propiedad Industrial.

A efecto de lograr un mayor entendimiento de estos ilícitos, es necesario referirnos a cada uno de ellos de manera general.

7.1.- EL FRAUDE

El fraude es uno de los ilícitos de naturaleza patrimonial. Es decir, lo que se busca a través de éste es de hacerse de algo de manera ilícita.

Definición de falsificación: Acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete²⁶

- a) Regulación: El delito de fraude se encuentra regulado en el Código Penal Federal y en cada uno de los Códigos Penales de las entidades Federativas.
- b) Aplicación Espacial: (Territorial de la Ley) Es un delito que puede cometerse en el orden federal y en el orden local. La diferencia de orden corresponde al pasivo del ilícito. Es decir, si la persona contra quien se comete el fraude (el fiado o beneficiario) es de orden federal o local

Por ej. Si a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes se le exhibe una póliza de fianza no auténtica, deberá necesariamente conocer del ilícito una autoridad a nivel federal.

- c) Competencia para la aplicación de la norma: Dependerá del lugar en donde se haya entregado el documento al supuesto fiado y/o donde se haya exhibido ante el supuesto beneficiario.

²⁶ Diccionario de la Real Academia Española. 22ª Edición. 2007

7.1.1.- TIPO PENAL FEDERAL Y LOS ELEMENTOS DEL ILÍCITO.

a) Conducta: Se encuentra descrita, de manera genérica en el artículo 386 del Código Penal Federal.

“ARTICULO 389.- Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.”

Por su parte, el artículo 387 del propio Código penal Federal, enumera las conductas que se equiparan al fraude.

b) Tipicidad: Habrá que analizar a la luz de los elementos que componen a la tipicidad, si está efectivamente se actualiza con la realización de la conducta.

-Elemento objetivo.- El haber expedido el documento en sí. En el caso en concreto la póliza apócrifa.

-Elemento Subjetivo.- Habrá que ver si el activo se aprovecho de un error o engaño al activo.

-Elemento Normativo.- Distinguir lo que es un lucro indebido

c) Antijuridicidad.- Es una conducta reprochada por el derecho.

En el caso en concreto, se encuentra contemplada en el Código Penal Federal, en su Libro Segundo, Título Vigésimo Segundo, Capítulo III.

d) Culpabilidad.- Es una conducta cuya realización es necesariamente intencional. Es decir, se actúa por dolo.

Efectivamente, el que crea el documento en forma de póliza para aparentar el otorgamiento de una fianza, necesariamente actúa de manera intencional, ya que éste lo expide como si en verdad lo hubiera expedido una institución de fianzas, haciéndolo así creer a la persona contra quien se produce el fraude.

En el caso en concreto, el activo del ilícito, deberá obtener un lucro indebido por la supuesta expedición del documento y/o hacer creer al supuesto beneficiario que él mismo es auténtico.

e) Punibilidad.- El artículo 386 del Código Penal Federal establece la sanción por la realización de la conducta.

Dependiendo del monto defraudado, será catalogada la conducta como delito grave o no grave.

“ARTÍCULO 386.- El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I.- Con prisión de 3 días a 6 meses o de 30 a 180 días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario;

II.- Con prisión de 6 meses a 3 años y multa de 10 a 100 veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de 10, pero no de 500 veces el salario;

III.- Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.”

Finalmente cabe decir que es un delito que se persigue por querrela ya que para su persecución, en necesaria la querrela del ofendido.

7.1.2.- TIPO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL Y LOS ELEMENTOS DEL ILÍCITO.

a) Conducta: Se encuentra contemplada, de manera genérica, en el artículo 230 del Código Penal del Distrito Federal.

“ARTÍCULO 230. Al que por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero...”

Por su parte, el artículo 231 del ordenamiento legal invocado, describe las conductas que se equiparan al fraude.

b) Tipicidad.- Habrá que analizar a la luz de los elementos que componen a la tipicidad, si está efectivamente se actualiza con la realización de la conducta.

-Elemento objetivo.- El haber expedido el documento en sí. En el caso en concreto la póliza apócrifa.

-Elemento Subjetivo.- Habrá que ver si el activo se aprovecho de un error o engañó al activo.

-Elemento Normativo.- Distinguir lo que es un lucro indebido o el haberse hecho indebidamente de una cosa.

c) Antijuridicidad.- Es una conducta reprochable por la norma penal, al estar así dispuesto en el Libro Segundo, Título Décimo Quinto, Capítulo III del código Penal para el Distrito Federal.

d) Culpabilidad.- Efectivamente, el que crea el documento en forma de póliza para aparentar el otorgamiento de una fianza, necesariamente actúa de manera intencional, ya que éste lo expide como si en verdad lo hubiera expedido una institución de fianzas, haciéndolo así creer a la persona contra quien se produce el fraude.

En el caso en concreto, el activo del ilícito, deberá obtener un lucro indebido o hacerse de una cosa indebidamente por la supuesta expedición del documento y/o hacer creer al supuesto beneficiario que él mismo es auténtico.

e) Punibilidad.- El artículo 230 del Código Penal para el Distrito Federal, establece la sanción por la realización de la conducta.

Dependiendo del monto defraudado, será catalogada la conducta como delito grave o no grave.

Finalmente debe mencionarse, que al igual que en materia federal, es un delito que se persigue por querrela.

7.1.3.- BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL DELITO DE FRAUDE.

El bien jurídico tutelado en este delito es el patrimonio de las personas. Es por ello y dado que el patrimonio es un bien del que disponemos en forma libre todas las personas jurídicas, que su persecución, se encuentre supeditado a que exista querrela por parte del ofendido.

A diferencia del delito de falsificación, en el que el bien jurídico tutelado no puede ser dispuesto por los particulares, al ser la fe pública una cuestión de interés público. De ahí que este delito se persiga de oficio.

7.1.4.- TIPOS DE FRAUDE EN EL CASO EN ESPECÍFICO.

- a) Fraude del creador de la póliza en perjuicio del supuesto fiado.- El fraude en perjuicio del supuesto fiado se actualiza cuando este participa en el ilícito sin saber que dicha póliza es apócrifa. En consecuencia se considera que el engaño en el que se le hace incurrir y el quebranto que se le produce por cobrarle una “prima” ilegítimamente constituyen los elementos del ilícito.
- b) Fraude del fiado creador de la póliza en perjuicio del supuesto beneficiario.- Este ilícito se actualiza cuando el fiado CREAM y utiliza el documento falso.

Se actualizan varios tipos: el fraude y la falsificación. No se actualizaría el uso en virtud de que el uso se subsume en los anteriores. Ahora bien, entre la procedencia del fraude o de la falsificación, se estima aplicable el fraude, por ser la norma que protege de mejor forma el bien jurídico tutelado.

Se actualizaría el fraude en virtud de que se estaría valiendo ni del error ni del engaño para obtener del beneficiario un lucro indebido. La gravedad del ilícito dependerá del monto del quebranto.

7.2.- USO DE DOCUMENTO FALSO.

La conducta relativa al uso del documento falso se encuentra contemplada por Delito de Falsificación, el cual ya hemos analizado anteriormente, por lo que no es necesario hacer de nueva cuenta el análisis. Por ello, es conducente hacer las siguientes observaciones.

En este caso en específico, el delito descansa sobre la situación que se sabe que el documento (póliza apócrifa) es falso y no obstante ello, se utiliza para un fin determinado. La conducta relativa al uso del documento falso puede ser realizada tanto por el fiado como por el beneficiario.

Se realiza por el fiado, cuando éste a sabiendas de que tal póliza es falsa (y sin ser el autor material de ella), se vale de la misma para obtener las ventajas que dicha constancia le otorga (p. ej. La ejecución de un contrato o los importes que se generan del mismo).

Se realiza por el beneficiario, cuando éste a sabiendas de que tal póliza es falsa (y sin ser el autor material de ella), se vale de la misma para obtener las ventajas que dicha constancia le otorga (p. ej. Pretender hacerla efectiva).

Este delito es sancionado tanto por la materia federal como local.

7.2.1.- CÓDIGO PENAL FEDERAL.

El Código Penal Federal, regula el ilícito en su artículo 246.

“ARTICULO 246.- También incurrirá en la pena señalada en el artículo 243:
...VII.- El que a sabiendas hiciere uso de un documento falso o de copia, transcripción o testimonio del mismo, sea público o privado.”

Debe mencionarse que dicho artículo refuerza el sentido de la prohibición de crear documentos falsos, al no castigar simplemente a quien los fabrica, sino también a l que los utilice con el conocimiento de dicha situación. (Que no son auténticos)

Para el caso que nos ocupa. Es una artículo que protege de alguna manera los intereses de los que intervienen en la obtención de pólizas de fianza, ya que prohíbe a los fiados y beneficiarios, una vez que están enterados que la póliza no es auténtica, a poner en riesgo los intereses de una u otra parte.

7.2.2.- CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL:

El citado código establece:

“ARTÍCULO 339.Las mismas penas se impondrán al que, con los fines a que se refiere el párrafo anterior, haga uso de un documento falso o alterado o haga uso indebido de un documento verdadero, expedido a favor de otro, como si hubiere sido expedido a su nombre, o aproveche indebidamente una firma o rúbrica en blanco.”

En el Código Penal del D.F., no se requiere el requisito subjetivo del “a sabiendas” lo que significa que los beneficiarios y/o fiados deben tener todavía más cuidado al momento en que se le expide y/o exhiben una póliza de fianza, ya que al no estar contemplado el a sabiendas, el simple hecho de haber puesto en circulación la fianza, aunque no tuvieran el conocimiento de que la misma es falsa, incurrirán en el delito.

7.3.- DELITOS DE LA LEY DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.

La ley de propiedad industrial tipifica la conducta en estudio como delito la falsificación de marca.

Este delito únicamente encuentra sustento en materia Federal, ya que la Ley que lo prevé y regula, está reservado exclusivamente para la Federación.

En el caso en particular, tenemos que el creador del documento en forma de póliza, no sólo aparenta un otorgamiento de fianza mediante la expedición de la póliza, sino que además utiliza el nombre de la institución a la que se le pretende vincular, para hacer creer que el documento es auténtico.

Dicha utilización es una violación a la Ley de Propiedad Industrial, la cual califica la conducta como delito. En efecto, en su artículo 233 señala:

“Artículo 223.- Son delitos:...

II. Falsificar, en forma dolosa y con fin de especulación comercial, marcas protegidas por esta Ley;

III.- Producir, almacenar, transportar, introducir al país, distribuir o vender, en forma dolosa y con fin de especulación comercial, objetos que ostenten falsificaciones de marcas protegidas por esta Ley, así como aportar o proveer de cualquier forma, a sabiendas, materias primas o insumos destinados a la producción de objetos que ostenten falsificaciones de marcas protegidas por esta Ley;...”

Los delitos previstos en este artículo se perseguirán por querrela de parte ofendida, No es considerado un delito grave. Por tanto hay libertad bajo fianza. Es un delito federal.

En el caso concreto puede pensarse en la actualización de estas normas típicas ya que los creadores de las pólizas apócrifas utilizan en forma irrestricta los signos visibles que distinguen los servicios que comercializan las Instituciones de Fianzas, tales como la denominación, las figuras visibles (logos, etc.), y demás elementos que conforme al artículo 89 de la Ley de Propiedad Industrial se consideran como marca y cuya explotación queda reservada al titular de la misma.

“Artículo 88.- Se entiende por marca a todo signo visible que distinga productos o servicios de otros de su misma especie o clase en el mercado.”

“Artículo 89.- Pueden constituir una marca los siguientes signos:

I.- Las denominaciones y figuras visibles, suficientemente distintivas, susceptibles de identificar los productos o servicios a que se apliquen o traten de aplicarse, frente a los de su misma especie o clase;

II.- Las formas tridimensionales;

III.- Los nombres comerciales y denominaciones o razones sociales, siempre que no queden comprendidos en el artículo siguiente, y

IV.- El nombre propio de una persona física, siempre que no se confunda con una marca registrada o un nombre comercial publicado.”

Requisitos de procedibilidad.- Si no se satisfacen estos presupuestos, no existe punibilidad de la conducta.

Es decir, para que la conducta sea castigada y catalogada como un delito previsto por la Ley de Propiedad Intelectual, deben satisfacerse los elementos que a continuación se enlistan:

a) Debe existir el dictamen técnico que rinda el Instituto de la Propiedad Industrial (artículo 225 de la Ley de Propiedad Industrial). Sin este no se puede proseguir con el procedimiento.

Sin embargo esta nota es contradictoria ya que el citado artículo establece que este dictamen no tendrá ningún efecto ni civil ni penal.

b) Debe además existir el registro de la marca.

Es entendible este requisito, ya que el Registro de la misma es lo que la hace oponible a terceros.

c) Deben satisfacerse el requisito exigido por el artículo 131 de la Ley de Propiedad Industrial. Deberá ponerse por el titular del derecho, a los productos, envases y embalajes de productos amparados por un derecho de propiedad industrial las indicaciones y leyendas a que se refiere el artículo 131 de la Ley de Propiedad Industrial o haber hecho del conocimiento público que los productos o servicios se encuentran protegidos por un derecho de propiedad industrial. Es decir, conforme al artículo 131 se deberá estampar la leyenda "marca registrada", las siglas "M.R." o el símbolo ®.

7.3.1.- BIEN JURÍDICO TUTELADO.

Se trata de proteger, no solo el interés particular e individual de los empresarios competidores, sino también el interés colectivo de los consumidores y el propio interés del Estado en el Mantenimiento de un régimen de libre competencia debidamente saneado, como garantía de protección del orden socioeconómico.

8.- LA SUPLANTACIÓN.

Habiendo hablado de los tipos más claramente aplicables, mencionaremos que surgió la inquietud de buscar en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, la norma “específica” que previera esta conducta (y la prohibiera).

Ello considerando que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas es la norma que regula la actividad de afianzamiento habitual y oneroso.

De la lectura de los diversos artículos en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas no encontramos ninguna norma punitiva expresa en la que se previera una prohibición a la elaboración de pólizas apócrifas (ni de la realizada en forma esporádica y no onerosa ni de la realizada en forma habitual y onerosa).

Esto pudiere llevarnos a pensar que el Legislador ha considerado que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas no debería regular estas conductas, y en consecuencia que se dejaba la sanción de estas conductas a las normas punitivas generales.

De la lectura del artículo 3 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, nos percatamos que es la descripción que más se ajusta a la conducta desplegada por quien crea pólizas de fianzas apócrifas.

8.1.- HIPOTESIS EN LA LEY FEDERAL DE INSTITUCIONES DE FIANZAS.-

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece la siguiente prohibición:

“ARTICULO 3o.- Se prohíbe a toda persona física o moral distinta a las instituciones de fianzas, autorizadas en los términos de esta Ley, otorgar habitualmente fianzas a título oneroso.

Salvo prueba en contrario se presume la infracción de este precepto, cuando el otorgamiento de fianzas se ofrezca al público por cualquier medio de publicidad, o se expidan pólizas, o se utilicen agentes.”

La sanción a quien incurre esta infracción se encuentra prevista en el siguiente artículo:

“ARTICULO 112 Bis.- Serán sancionadas las violaciones a lo dispuesto en los artículos 3o. y 4o. de esta Ley, conforme a lo siguiente:

I. Se impondrá pena de prisión de tres a quince años y multa de doscientos cincuenta a dos mil quinientos días de salario cuando se trate del artículo 3o. y del último párrafo del artículo 4o. de esta ley...”

Esta norma, se interpreta junto al artículo 112 bis fracción I de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

De las normas citadas se aprecia la existencia de una prohibición y la descripción de los elementos que la conforman, así como la creación de un tipo penal. Los elementos descriptivos de la conducta antes referida son los siguientes:

- a) El autor de la conducta puede ser persona física o moral.

En efecto, puede tanto una empresa como una persona, crear documentos en forma de póliza, en los que se documenten fianzas no atribuibles a una institución debidamente autorizada.

Es decir, en este caso en concreto no nos referimos a la comúnmente llamada "falsificación" de pólizas, sino a la expedición de las mismas sin estar autorizada para ello. Pej.: El señor "Don Dinero" se constituye en fiador de determinadas empresas y cobra por ello una prima. Este personaje pretende expedir la fianza y asumir la obligación de fiador. Sin embargo, no cuenta con la autorización

- b) Que no esté legitimado para ejercer la autorización de las Instituciones de Fianzas, que no sea una Institución de Fianzas y no tenga la autorización del artículo 5 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
- c) Que el resultado de la conducta desplegada sea la expedición de pólizas, en las que conste el otorgamiento de fianzas.
- d) Que lo realice habitual y onerosamente.

De los elementos se pudiera pensar que sólo se incurre en esta conducta estableciendo "formalmente" una afianzadora.

Para diferenciarla de otro tipo de falsificación empezariamos por señalar que en esta conducta no incurriría quien realizara una falsificación en forma esporádico y sin hacerlo onerosamente.

Sin embargo, nos preguntamos si este tipo sólo se actualiza cuando alguien (una persona física o moral) expide pólizas "auténticas" para hacer constar el otorgamiento de fianzas "existentes", realizando tal actividad en forma habitual, a título oneroso y sin ser una Institución de Fianzas debidamente autorizada

Es decir, ¿lo que se sanciona es la actividad de sujetos que realmente tengan la intención de establecer su "negocio" de garantizar obligaciones de terceros?

De estos elementos, pareciere que sólo incurriría en la prohibición aquella persona física o moral que decidieran establecer formalmente una afianzadora, sin contar con la autorización prevista por el artículo 5 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, para realizar en forma habitual y onerosa la expedición de pólizas para hacer constar fianzas existentes.

Conforme a esta descripción, en principio se podría "concluir" que en esta prohibición no se podría subsumir la conducta desplegada por aquellos sujetos que, sin ser una Institución de Fianzas, crean y expiden pólizas apócrifas para hacer constar fianzas "inexistentes", aunque lo hagan habitual y onerosamente.

Lo anterior es así ya que éstos creadores no "otorgan" fianzas existentes, aunque expidan o maquilen pólizas (en estas pólizas no existe la voluntad de la Institución).

Nos preguntamos: ¿El que crea pólizas apócrifas pretende establecer "formalmente" una afianzadora?

Evidentemente no. En la intención del autor de la conducta sólo se encuentra el interés de lucrar con la comercialización habitual de las pólizas apócrifas que expide, haciendo creer a quien la recibe que garantizan obligaciones, que tal póliza satisface este resultado. Inclusive hace creer al beneficiario de ésta o al fiado de esta que dicha póliza “conduce” al patrimonio solvente de las Instituciones de Fianzas, ya que como se señaló, estos creadores para lograr el resultado buscado usurpan y suplantando los nombres de las Instituciones autorizadas.

Por lo anterior ¿Entonces no se aplicaría la prohibición para el creador de pólizas falsas?

Conclusión:

Consideramos que en el artículo 3 se incluye también la prohibición para que las personas físicas o morales maquilen habitualmente y onerosamente pólizas apócrifas, en las que hagan constar pólizas inexistentes.

Si se pensara, que sólo incurren en la prohibición, aquellas personas físicas que a título personal (utilizando su nombre), expidan pólizas (“auténticas” pero ilegales), para documentar fianzas “existentes” aunque ilegales, entonces la norma no cumpliría su objetivo. Ello en virtud de que igualmente ponen en riesgo el bien jurídico tutelado, las expediciones que realicen las personas físicas o morales usurpando el nombre de una institución de fianzas, dando lugar a la expedición de una póliza apócrifa.

La conducta típica que se describe en el primer párrafo del artículo 3 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se deberá tener por agotada, por quien maquile pólizas haciendo aparentar la constancia de fianzas inexistentes. Los siguientes puntos son el soporte de la conclusión anterior:

- a) La Ley Federal de Instituciones de Fianzas es la ley especial, y por tanto tiene vocación para regular las relaciones entre cualquiera que participe en este mercado. Es el cuerpo normativo que protege de mejor forma el interés y derechos de los sujetos que participan en mercado de la comercialización y expedición de pólizas de fianzas (beneficiario, fiador y fiado). Regula la participación de los sujetos que intervienen en este sector.
- b) La Ley Federal de Instituciones de Fianzas, debe regular y cuidar la no participación de los sujetos y conductas que se estimen o consideren dañinas para el sector afianzador. En el artículo 3 se prevé una prohibición, no se entendería que sólo se está previendo una prohibición parcial. Ambos son igualmente dañinos para el sector.
- c) La conducta produce una afectación similar a la que se pretendió cuidar con la creación del artículo 3 y 112 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Quien incurre en la prohibición no lo hace con el fin de cumplir con lo ofrecido (igual que el falsificador), ya que ambas actividades son ilegales. Considerando que el bien jurídico es la conducción del beneficiario a un patrimonio solvente. Puede pensarse que “peca” más el que CREA pólizas apócrifas que quien expide fianzas “verdaderas” sin ser una Institución de Fianzas. El primero no tiene ninguna intención de cumplir con lo comprometido, el segundo tal vez. Efectivamente, tanto uno como otro no necesariamente tienen la intención de responder de la obligación que pudiere derivar de la póliza. En ambos casos la conducta es ilegal (afectan igual a los beneficiarios de las pólizas de fianza).
- d) El creador suplanta a la actividad de la Institución de Fianzas, aún y cuando no ejerza su autorización. El creador pretende lucrar con la actividad de la Institución sin asumir las

responsabilidades, se queda lo mejor de la operación. El cobro de prima y sin asumir ni responder por el riesgo. Por otro lado, el creador tampoco queda sujeto a la inspección ni a la vigilancia de las autoridades competentes.

- e) El tipo no exige un resultado patrimonial (quebranto), es un delito de peligro. Es un delito de peligro. Y este peligro se actualiza con la expedición de la póliza apócrifa que coloca en riesgo al beneficiario.
- f) El tipo no exige que la conducta se despliegue a nombre propio.
- g) El tipo no exige la expedición de pólizas para hacer constar fianzas existentes, tampoco exige que sean eficaces ni tampoco válidas y mucho menos exige que sean auténticas. Evidentemente la conducta se tiene que desplegar a nombre de tercero. No puede pensarse en un creador de pólizas apócrifas que realice la conducta y utilice una razón distinta a las de las propias Instituciones de Fianzas. Utilizar otra razón distinta haría inviable su conducta para lograr el fin buscado. Es decir, para que le fueran admitidas y aceptadas dichas pólizas apócrifas. En la descripción típica no se exige que el acto jurídico (la fianza) surta efectos o sea existente. Debe entenderse que lo sancionado no es que se asuman o no obligaciones o que se cumplan o no, sino que lo sancionado es que se lucre habitualmente con esta actividad, sin realizarla bajo la supervisión y vigilancia de las autoridades del sector (con lo que se pierde la seguridad de que dichas pólizas estén soportadas por la solvencia de una institución y por las garantías de recuperación que tiene que constituir).

Esto se entiende mejor si se considera que igualmente incurre en la prohibición aquél que al expedir responde de todas las pólizas emitidas. ¿Qué por el hecho de cumplir con aquello prometido no configura delito? Claro que lo configura, ya que el delito se actualiza por la comercialización de pólizas sin contar con la autorización prevista por el artículo 5.

- h) Con la expedición de la póliza apócrifa, se entiende desplegada la conducta con la que formalmente se tiene realizada la conducta prohibida. En consecuencia, con la sola expedición de la póliza apócrifa se entiende desplegada la conducta.

Por lo anterior, consideramos que la conducta desplegada por quien crea pólizas no auténticas, en forma habitual y onerosa, encuadra en la descripción típica antes señalada.

Esta conclusión derivó del análisis de la exposición de motivos de la creación del artículo 3 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, misma que se encuentra en el documento que remitió el ejecutivo a la Cámara de Origen para su discusión y que concluyó en la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de enero de 1990.

De esta exposición de motivos se puede desprender el “bien jurídico tutelado”. Esta motivación es la siguiente:

“Las instituciones de fianzas, dentro de su objetivo primordial que es el de garantizar el exacto cumplimiento de las obligaciones contraídas en beneficio tanto del acreedor como del deudor, cuentan con el respaldo de los recursos de reservas constituidas a través de su operación, así como con las contragarantías que recaba de cada afianzamiento, además de tener una adecuada estructura organizacional, que les posibilita proporcionar el servicio público concesionado que prestan, a costos inferiores, comparativamente con

mayores ventajas y facilidades que otros tipos de garantías, dentro de un marco de eficiencia y seguridad.

En la motivación de la Ley se expresa que la Reforma buscaba lograr que sólo las Instituciones de Fianzas pudieran realizar la expedición de pólizas de fianzas, para que así el beneficiario de éstas recibiera una constancia mediante la cual tuviere la plena seguridad de que los derechos a su favor se encontraban respaldados con el patrimonio solvente de las instituciones de fianzas (solvencia que derivaba de que a su vez éstas se encontraban respaldadas por las garantías de recuperación que las instituciones debían reunir y con el respaldo de los recursos que las instituciones debían constituir).

Esta convicción de seguridad era clara, ya que la supervisión y vigilancia de las Instituciones de Fianzas tiene como resultado el mantener la solvencia de estas.

Evidentemente se vio que si la autoridad no puede supervisar ni vigilar a estos emitentes irregulares, obviamente no existía esta garantía o reconocimiento de acreditada solvencia.

Luego entonces cualquier expedición de póliza, que no se encuentre respaldada por el patrimonio solvente de una institución de fianzas (respaldado por las reservas y por las garantías de recuperación), es una expedición que atenta contra el objetivo buscado por la norma y en consecuencia será una expedición que lesiona el bien jurídico tutelado en la norma. De este comentario podemos derivar el bien jurídico tutelado.

El bien jurídico tutelado es la seguridad al mercado afianzador, en concreto la seguridad que resulta a favor del beneficiario, al tener "acceso" al patrimonio solvente de la Institución que en forma auténtica emite la póliza. Y por tanto evitar que haya pólizas no auténticas que no den esta seguridad. Por lo anterior las pólizas apócrifas afectan este bien jurídico tutelado.

Este bien jurídico tutelado se verá afectado por TODA expedición de póliza, en la cual se pretenda documentar una fianza, y la cual no se encuentre expedida en ejercicio de la autorización otorgada a una institución de fianza, y en consecuencia que contenga una fianza con independencia de su eficacia (como acto jurídico), y que no se encuentre respaldada por el patrimonio y solvencia de las instituciones de fianzas.

Conviene ahora realizarnos las siguientes preguntas para obtener un mayor entendimiento del punto.

¿Por qué se afecta el bien jurídico tutelado aún y cuando se trate de fianzas "inexistentes" o pólizas apócrifas?

Se afecta en virtud de que tales constancias, al igual que ocurriría con pólizas auténticas de personas físicas o sociedades irregulares e insolventes, no conduce al patrimonio solvente de la institución de fianzas cuya autorización se pretendió suplantar o usurpar.

En este punto hay que tomar en cuenta que dichas pólizas son recibidas como documentos probatorios de la existencia de un acto jurídico y se reciben con el fin de llegar por medio de ellas a la seguridad que proporciona el patrimonio solvente de una Institución de Fianzas. Luego si esta póliza no es auténtica, no satisface su objetivo, ya que no conduce a este patrimonio.

Conforme a esto, nos queda claro que el emisor o creador de la póliza apócrifa incurre en la prohibición.

¿Puede haber participación del fiado en la conducta?

En la conducta típica como tal no, ya que el fiado, al participar (aún como instigado y aún y cuando éste pague) no es el que directamente está realizando la actividad en forma habitual y onerosa. Para el fiado este acto constituye la realización de una conducta tendiente a obtener una póliza para garantizar obligaciones a su cargo.

Para que el fiado incurra en esta conducta como participante, debe dejar de ser fiado y volverse "cómplice" en la conducta material y disfrutar de las "primas" (en lugar de "pagarlas"). En este caso el fiado incurriría en fraude o en uso de documento falso.

1) Será competente para conocer de la denuncia el Ministerio Público Federal del lugar en que se maquilen dichas pólizas (con independencia del lugar que aparezca en su texto). Para precisar esta competencia territorial puede servir la testimonial de quienes tengan conocimiento de los hechos. Corresponderá a la Procuraduría General de la República conocer de las averiguaciones y se consignará ante los Tribunales Federales.

2) Es aplicable el Código Federal de Procedimientos Penales para regular la denuncia y el desarrollo del período de instrucción. Es aplicable el Código Penal Federal para regular la aplicación supletoria de las reglas complementarias a la participación delictuosa.

3) Es considerado un delito grave y por tanto no hay libertad bajo fianza. Es un tipo de peligro, por tanto se agota con independencia de la existencia de quebranto patrimonial y es también un delito que se persigue de oficio (por tanto puede ser denunciado por cualquiera con o sin interés).

Un ejemplo de la visión de las autoridades judiciales sobre este ilícito

"....para la configuración del delito de que se trata se requiere que una persona ya sea física o moral sin contar con la autorización correspondiente, expresamente se dedique a la expedición de pólizas de fianza, esto es, requiere que reiteradamente se realicen actos consecutivo y continuos, pues la intención del legislador es sancionar a aquellas personas que no observando los requisitos legales establecen una conducta más o menos permanente de otorgar garantías inexistentes y no para aquél que la presenta con ánimo de cubrir un requisito porque ello daría lugar a una figura distinta²⁷...."

Esta transcripción corresponde a la motivación expresada por un Juez de Distrito, al pronunciarse sobre una consignación que fue puesta a su consideración, con motivo de la integración de una averiguación previa (los datos de expediente y juzgado no son relevantes para efectos de la presente exposición y no se mencionan para no afectar la investigación de dichos hechos).

Podemos obtener las siguientes conclusiones del criterio judicial transcrito:

²⁷ Sentencia dictada en recurso de Apelación. Toca 144/2007, por el Primer Tribunal Unitario del Vigésimo Circuito

- a) La creación de pólizas de fianza inexistentes para cubrir el requisito en las licitaciones, cuando se realiza por el “fiado”, no da lugar a la actualización del ilícito previsto por el artículo 112 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, sino la falsificación documental o los demás tipos relacionados.
- b) Para la configuración del delito previsto por el artículo 112 bis fracción I y 3 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, se requiere que alguna persona física establezca y realice una conducta más o menos permanente de otorgar garantías inexistentes, y que esta creación de pólizas de fianza inexistentes constituya su actividad habitual y lo haga onerosamente.
- c) En ésta última conducta, no se reconoce la participación delictuosa del supuesto fiado en el agotamiento de este ilícito, a menos que éste participe en la conducta principal en forma constante y participe en el producto obtenido por la realización de dicha actividad.

Así pues, en los términos apuntados, podemos concluir que incurren en la prohibición a que se refiere el artículo 3 de la Ley Federal e Instituciones de Fianzas, tanto aquéllas personas que expiden pólizas a nombre propio sin ser una institución afianzadora debidamente autorizada, como aquéllas que crean documentos en forma de pólizas para documentar el otorgamiento de fianza, atribuible a ésta –supuestamente- a una Institución sí autorizada.

8.2.- PROPUESTA.

Se propone la reforma de los siguientes artículos:

Al artículo 3 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que establece:

“Se prohíbe a toda persona física o moral distinta a las instituciones de fianzas, autorizadas en los términos de esta Ley, otorgar habitualmente fianzas a título oneroso.

Salvo prueba en contrario se presume la infracción del párrafo anterior, cuando el otorgamiento de fianzas se ofrezca al público por cualquier medio de publicidad, o se expidan pólizas, o se utilicen agentes.”

Inclusión que se propone:

“También incurrirán en la prohibición aquellas personas que de cualquier forma y con cualquier medio de impresión o de generación de imagen, maquilen, expidan, emitan y comercialicen pólizas de fianza apócrifas, en las que se pretendan documentar fianzas inexistentes, por no ser no atribuibles a las Instituciones de Fianzas autorizadas en términos de Ley, siempre y cuando dicha fianza o póliza de fianza se hubiere presentado en garantía de las obligaciones de alguna persona física o moral.”

Ello, ya que se entiende participe de la conducta antes descrita y se hará acreedor a las mismas sanciones, aquella persona física o moral que sin ser el autor material de la conducta descrita en el párrafo anterior, se aproveche de cualquier modo de ella, a sabiendas de su origen ilícito.

Al artículo 112 Bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

“Serán sancionadas las violaciones a lo dispuesto en los artículos 3o. y 4o. de esta Ley, conforme a lo siguiente:

I. Se impondrá pena de prisión de tres a quince años y multa de doscientos cincuenta a dos mil quinientos días de salario cuando se incurra en cualquiera de las prohibiciones descritas en el artículo 3o. y del último párrafo del artículo 4o. de esta ley, y

La misma pena se aplicará al que incurra en las prohibiciones descritas en el párrafo tercero del artículo 3 de esta Ley.

II. Se impondrá pena de prisión de dos a diez años y multa de ciento cincuenta a mil quinientos días de salario cuando se trate del primer párrafo del artículo 4o. de esta ley.

Se considerarán comprendidos dentro de los supuestos señalados en las dos fracciones anteriores y, consecuentemente, sujetos a las mismas sanciones los directores, gerentes, administradores o miembros del consejo de administración y los representantes y agentes en general de personas morales que practiquen habitualmente las operaciones ilícitas, a que aluden los artículos 3o. y 4o. de esta Ley.

Cuando todos los actos que concurren a la celebración del contrato, incluyendo los de intermediación, se hubieren efectuado fuera del territorio nacional, se considerará que el delito se comete por el solo hecho de registrar el pago de las primas en la contabilidad que dentro del territorio mexicano se lleve por el fiado, beneficiario o por cualquier otro interesado en la misma, o bien, porque cualquiera de esas personas realice en México algún acto que signifique cumplimiento de obligaciones o deberes o ejercicio de derechos, derivados del contrato celebrado en el extranjero.

La empresa o negociación que haya efectuado la operación u operaciones que prohíbe el referido artículo 3o., será intervenida administrativamente por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, hasta que la operación u operaciones ilícitas se liquiden.”

Al artículo 48 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas.

“Los contratistas que celebren los contratos a que se refiere esta Ley deberán garantizar:

I. Los anticipos que, en su caso, reciban. Estas garantías deberán constituirse dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo y por la totalidad del monto de los anticipos, y

II. El cumplimiento de los contratos. Esta garantía deberá constituirse dentro de los quince días naturales siguientes a la fecha de notificación del fallo.

Para los efectos de este artículo, los titulares de las dependencias o los órganos de gobierno de la(sic) entidades fijarán las bases, la forma y el porcentaje a los que deberán sujetarse las garantías que deban constituirse. En los casos señalados en los artículos 42, fracciones IX y X, y 43 de esta Ley, el servidor público facultado para firmar el contrato, bajo su responsabilidad, podrá exceptuar a los contratistas de presenta.

De igual forma establecerán en los procedimientos de contratación la forma y términos en que se deberá realizar la validación de las garantías a que se refiere esta Ley.”

Al artículo 48 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

“Artículo 48.- Los proveedores que celebren los contratos a que se refiere esta Ley deberán garantizar:

I. Los anticipos que, en su caso, reciban. Estas garantías deberán constituirse por la totalidad del monto de los anticipos, y

II. El cumplimiento de los contratos.

Para los efectos de este artículo, los titulares de las dependencias o los órganos de gobierno de las entidades, fijarán las bases, forma y porcentajes a los que deberán sujetarse las garantías que deban constituirse. En los casos señalados en los artículos 41, fracciones IV, XI y XIV, y 42 de esta Ley, el servidor público que deba firmar el contrato, bajo su responsabilidad, podrá exceptuar al proveedor, de presentar la garantía de cumplimiento del contrato respectivo.

De igual forma establecerán en los procedimientos de contratación la forma y términos en que se deberá realizar la validación de las garantías a que se refiere esta Ley.”

9.-PROCESO DE ATENCIÓN.

Una vez identificada la conducta, lo que procede es realizar la denuncia. En su redacción hay que tratar de responder a las siguientes preguntas.

- a) ¿Qué conducta denunciaremos?**
- b) ¿En qué delitos consideramos subsumible la conducta?**
- c) ¿Ante qué autoridad denunciaremos los hechos, del fuero común o federal?**
- d) ¿Qué medidas precautorias pedimos a dicha autoridad?**
- e) ¿Qué diligencias iniciales le pedimos a dicha autoridad?**
- f) ¿Qué documentos le pedimos que exija dicha autoridad y a quien?**
- g) ¿Con qué pruebas acreditamos los hechos?**

De esta forma podremos aportar a la autoridad ministerial los elementos necesarios para que pueda identificar la conducta. Es importante mencionar que debe observarse una actitud por dinámica al momento de coadyuvar con la autoridad, ya que de ello dependerá el desahogo oportuno de las gestiones propuestas y la salvaguarda de los intereses puestos en peligro.

9.1.-GESTIONES.

- a) Si nos enteramos mediante un aviso de incumplimiento o cualquier otra forma de notificación (inclusive por vía del 93 de Ley Federal de Instituciones de Fianzas), habrá que presentar la denuncia con las constancias mencionadas para integrar y solicitar se decrete una medida cautelar para evitar que se agote el resultado del ilícito en contra de la Institución y para evitar que el beneficiario se coloque en la posición de activo por el uso del documento falso. En estos procedimientos habría que dar mayor relevancia a las gestiones ministeriales, puesto que con la medida cautelar se puede evitar que se materialice el reclamo de la fianza.
- b) Si nos enteramos mediante un reclamo vía 94 o 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, deberá privilegiarse la vía defensiva que maque la instancia iniciada. Ello en virtud de que las actuaciones ministeriales deberán ser prácticamente repetidas en la instancia judicial.

Igualmente habrá que presentar la denuncia con las constancias mencionadas para integrar y solicitar se decrete una medida cautelar para evitar que se agote el resultado del ilícito que pudiera cometerse en contra de la Institución y para evitar que el beneficiario se coloque en la posición de activo por el uso del documento falso. En estos procedimientos habría que dar mayor relevancia a las gestiones de los procedimientos defensivos, puesto que con la medida cautelar no se puede evitar que se materialice el reclamo de la fianza. Y las conclusiones ministeriales no son vinculantes para el órgano jurisdiccional.

Algunos beneficiarios (públicos) consideran que la causal de nulidad basada en la falsedad es una causal que no se dirige al requerimiento de pago, por lo que resulta improcedente tal causal. En soporte de esta consideran que la fianza es un acto jurídico mercantil y por ello es ante los Tribunales comunes ante quienes se debe atacar su ineficacia. Obviamente tal criterio

es erróneo en virtud de que cuando un reclamo se formula en términos del artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas la institución de fianzas no puede sustraerse de la efectividad del requerimiento y por lo tanto tiene que litigar en el mismo juicio todas las excepciones que ésta tenga en contra del requerimiento, además que tal excepción, al atacar la motivación del acto, ataca el requerimiento mismo.

Es importante también cuidar que las pruebas sean debidamente admitidas, ya que en ocasiones se estiman no pertinentes las pruebas contables y de sistemas por estimar que la prueba documentoscópica o grafoscópica es suficiente, cuando en realidad esto no es así, tratándose de pólizas digitales o electrónicas, en las cuales las pruebas idóneas son aquellas y no éstas.

9.2.- INTEGRACIÓN DEL EXPEDIENTE DE PRUEBAS.

Consideramos que para efectos de acreditar que la fianza no es auténtica, es necesario realizar lo siguiente:

DENUNCIA DE HECHOS.

No se establecen requisitos de procedibilidad. Es un delito que se persigue de oficio (salvo tratándose de los delitos previstos por la Ley de Propiedad Industrial).

Razón por la cual deberemos poner en conocimiento, a través de la presentación de una denuncia o de cualquier otro modo, a la autoridad investigadora, de la realización de la conducta.

La denuncia puede hacerse mediante comparecencia o mediante escrito. Consideramos más oportuno hacerla mediante escrito, ya que podemos brindarle a la autoridad un panorama más claro y detallado de la conducta y aprovechar para ofrecer los medios probatorios que resulten necesarios.

9.3- ELEMENTOS DE PRUEBA.

El menú de pruebas que se comentarán no sólo son útiles para el trámite de la averiguación previa, sino también para atender gestiones en procedimientos defensivos relacionados con los artículos 94, 95, 130 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; 129 de la Ley de Amparo y cualquier otro en el que se vea involucrado el reclamo de una póliza no auténtica.

Las pruebas que deben desahogarse para los fines buscados, debe ser las siguientes:

9.3.1.- TESTIMONIOS.

a) Testimonial del beneficiario y del fiado o de la persona que conozca la existencia de la póliza auténtica y del beneficiario que conozca la existencia de la póliza apócrifa. Es importante el testimonio del beneficiario de la apócrifa para que tenga conocimiento de la denuncia, para que amplíe la denuncia o cuando menos que conozca la objeción del documento y se abstenga de usar el documento falso.

En cuanto al fiado de la apócrifa, es importante que comparezca para que informe como la obtuvo.

La comparecencia del beneficiario o del fiado de la auténtica es importante para probar la existencia de ésta.

b) Testimonio de la afianzadora en la que manifieste la que reconozca la póliza emitida y objete la no auténtica. El testimonio de la Institución se requiere para la objeción del documento.

9.3.2.- DOCUMENTALES PÚBLICAS.

Copia certificada de las firmas de las personas autorizadas para emitir fianzas (artículo 84 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

Lo que permitirá determinar a la autoridad si la firma que aparece en el documento, es de las autorizadas para ello y de esa forma determinar, si el documento es o no auténtico, por cuanto hace a la firma.

Recordemos que también existe la falsificación ideológica, en cuyo caso, habrá que acreditar que el contenido estampado en el documento con la firma, no es acorde con la realidad.

Copia certificada del requerimiento o del reclamo (si lo hubiere).

Con dicha prueba, acreditaremos que la póliza no auténtica entró en circulación, por lo que se han visto intereses afectados del beneficiario.

Recordemos que el simple hecho de no contar con una garantía auténtica, pone en peligro los recursos de los beneficiarios.

9.3.3.- DOCUMENTALES PRIVADAS.

Copia de la póliza falsa o el original si se tuviere.

Es básico el exhibir dicho documento, ya que es la base para el inicio de las investigaciones.

De contar con el documento original (apócrifo) estaremos en aptitudes de hacerle las pruebas correspondientes, como lo es la de documentoscopia y grafoscópica.

Así mismo, podrá evidenciarse, mediante la exhibición de la póliza auténtica, que las mismas presentan datos diversos, y dado que no pueden existir dos pólizas de fianza con idéntico número y datos diversos –recordemos que las instituciones emiten sus pólizas numeradas- que se presuma que aquélla (la apócrifa exhibida en original) resulta ser no auténtica.

De existir, la documental consistente en copia u original del formato de impresión de la póliza verdadera.

Con este formato, la autoridad podrá percatarse de los rasgos característicos del formato empleado por la institución de fianzas de que se trate, para después compararlos con la tachada de apócrifa y establecer de ese modo, la no autenticidad del documento.

Si se utilizaron formatos de impresión originales en la falsificación, copia u original de algunas pólizas anteriores o posteriores a la falsa.

Ello, para acreditar diferencias en la composición del papel o las fechas de operaciones, así como la discrepancia de los datos anotados en una y otra.

De la misma forma, copia u original de algunas pólizas anteriores y posteriores a la verdadera.

Lo anterior tiene como propósito el acreditar que es presumible la afirmación en torno a la veracidad de una póliza, ya que no deberá haber diferencias en la composición del papel o las fechas de operaciones (considerando el número de fianza identificado).

Reporte del sistema que tenga la institución, sobre los datos de la verdadera emisión o de la no existencia de la póliza falsa.

Para que de esa forma, la autoridad esté cierta que el archivo generado con motivo de la emisión de la póliza de fianza de que se trate, guarda un registro en el sistema e la institución, con datos diversos a los asentados en el documento tachado de apócrifo.

De existir escrito de reclamación, aviso de incumplimiento, solicitud de no cancelación o cualquier correspondencia relacionada con la póliza apócrifa.

Con lo que se evidenciará que se han puesto en riesgo los intereses del beneficiario, así como los de la afianzadora. Por lo que será necesario solicitar medidas cautelares.

9.3.4.- PERICIALES.

a) Prueba pericial contable sobre los registros contables de la Institución.- Para acreditar la evidencia del registro contable (en primas, en producción, en vigores, en reafianzamiento, etc.), de las pólizas verdaderas y la ausencia de tales registros respecto de las falsas. Con esta prueba se pretenderá demostrar la emisión de la póliza auténtica y la no emisión de la apócrifa o sólo para probar la inexistencia de la póliza no auténtica.

b) Prueba pericial documentoscópica (documentografía).- Esta prueba se desahoga sobre los medios de impresión apócrifos, sobre los medios de impresión auténticos y sobre aquellos que se exhiban para cotejo (para confrontar), y servirá para demostrar que el sustrato material (papel) no es auténtico, o siéndolo que no corresponde al utilizado en el período de la aparente expedición (normalidad operacional).

c) Prueba pericial grafoscópica sobre las firmas autógrafas o auténticas estampadas (de existir éstas y sólo si se utilizó una firma autógrafa falsa).- Con esta se demostrará que la firma estampada no corresponde a las personas autorizadas. Existe discusión sobre la necesidad de ofrecerla tratándose de pólizas digitales. A nuestro juicio no se requiere su desahogo puesto que las pólizas originales no tienen inserta una firma autógrafa y por lo mismo no es posible el desahogo de esta prueba.

Existen otras pruebas periciales en este grupo, que no son idóneas para acreditar la objeción de la firma, como son: (i) pericial en grafología, ya que en esta se realiza el estudio de la escritura de la persona para deducir de ella su personalidad y carácter; (ii) pericial caligráfica, ya que en ésta se realiza el estudio de la perfección en la escritura (sin buscar la autoría de la

misma); (iii) pericial en scopometría, ya que en ésta se parte de la pericia por el expertis en el uso de un equipo de amplificación que se llama scopometro (usado en balística) y no tanto en la pericia sobre el análisis del origen gráfico de una firma y (iv) Grafometría, cuyo objeto de estudio son los elementos cuantitativos de la escritura (medidas), sin atribuir origen gráfico a esta escritura.

d) Prueba pericial en sistema (hardware)²⁸.- Esta prueba tiende a demostrar que existe el hardware, como funciona y como hace lo que se dice que hace. Su objetivo es demostrar que el hardware tiene capacidad y eficacia para realizar la generación de imágenes y el manejo del software.

e) Prueba pericial en sistema (software).- Esta prueba tiende a demostrar reglas de registro y recuperación de información y correcto procesamiento de los datos obtenidos de bases de datos y diferentes soportes magnéticas y su objetivo es demostrar que exista la base, que cumplen con las condicionantes de operación el registro de los datos, que sean ciertas las reglas de su conformación, que los datos afirmados como ciertos consten, que los datos afirmados como falsos no consten.

Software es la serie de instrucciones y datos, que permiten aprovechar todos los recursos que el computador tiene, de manera que pueda resolver gran cantidad de problemas o realizar registros.

La Prueba pericial en sistema (software) se realiza sobre:

- 1) Sobre la bases de datos resultante. Esta prueba se realiza sobre los registros y bases de datos del sistema de expedición de la Institución, para acreditar en base al sistema la existencia de la póliza verdadera (así como la información que individualiza tal operación) y la no existencia de la falsa en éste o sólo para probar la inexistencia de la apócrifa en el sistema por la ausencia de evidencia de registro.
- 2) Sobre el manual de emisión o expedición de la Institución, para acreditar que los hechos narrados en torno a los procesos de expedición son ciertos y para apuntalar la credibilidad de la prueba pericial en sistemas.
- 3) Esta prueba también se podrá realizar para comprobar la existencia de un mensaje de datos, para probar la incorruptibilidad de dicho mensaje, el origen del mensaje y la autenticidad del mensaje de datos. Esta prueba se podrá desarrollar sobre el sistema del emisor y sobre el sistema que no quede bajo el control del emisor.
- 4) Esta prueba también puede demostrar la inexistencia de dominios y páginas WEB, cuando se asienten en los formatos de impresión, ya que en las nuevas versiones se acostumbra estampar direcciones simuladas.

Por otro lado, también se resaltaría que el activo en ocasiones utiliza numeración ya utilizada por la Institución (numeración de años anteriores), en ocasiones identificando las pólizas con numeración no utilizada y de imposible utilización (por no corresponder el tipo de numeración al que usa la Institución, p. ej. Toman la numeración utilizada por otras Instituciones y hacen un mix), en ocasiones el activo utiliza numeración aún no utilizada y que por el transcurso del

²⁸ Hardware es el conjunto de dispositivos físicos que forman un computador.

tiempo posteriormente se llega a utilizar (en este último supuesto se presenta la complejidad de que la póliza auténtica será posterior a la no auténtica).

9.3.5.- FE DE HECHOS Y DILIGENCIAS MINISTERIALES.

Integración del original a la averiguación.

- A.- En caso de contar con la póliza auténtica y la tachada de apócrifa, la autoridad deberá dar fe de hechos de las mismas, asentando que los datos asentados en un y otra son diversos, no obstante que se identifican con idéntico número y son, al parecer, expedidas por una misma institución.

Lo que nos permitirá poner en duda la autenticidad de una de las pólizas, lo que dará a su vez paso al desahogo de las pruebas pertinentes.

- B.- Verificación en la mesa del MP de los procesos de validación de la póliza auténtica y la no validación de la apócrifa.

El Ministerio Público deberá constatar que los procesos generados por las instituciones de Fianzas para la validación de sus pólizas, se compone con ciertas características, las que permiten –de manera fidedigna– tener como cierto dicho proceso y de esa forma poder sustentar el que se tache de apócrifo un documento.

- C.- Verificación en la mesa del MP de la autenticidad de los dominios.

Igualmente debe constatar que los dominios a través de los que se hace la validación, son auténticos y cuentan con todos los procesos legales para su difusión. Es decir, que no es un medio de validación exclusivo de la afianzadora, sino que puede ser consultado por cualquiera, al que –dada las características del proceso– se le proporcionará información fidedigna.

- D.- Girar citatorios al supuesto fiado, al supuesto beneficiario, al fiado real y al beneficiario real (cuando se haya utilizado el número de una póliza de fianza auténtica). Para de esa forma obtener los testimonios y poder determinar la posible responsabilidad del ilícito denunciado.

- E.- Diligencias para estampar firmas de cotejo. En caso que la firma es la que sea dudosa, para poder hacer una prueba en materia de grafoscopia, es necesario que se estampen las firmas para poder dar al perito los elementos para hacer el análisis correspondiente.

- F.- La inspección judicial y cateos. La inspección judicial y cateos no son fáciles de obtener. De hecho no nos hemos visto favorecidos con ninguno. En su dictado requiere la autorización judicial y por ello, prefieren mejor consignar sin detenido.

¿Cuál es la pertinencia de estas pruebas en los procedimientos defensivos ordinarios? Estas pruebas se pueden desahogar indistintamente en ambos órdenes (mercantil y penal), sin embargo hay que tener presente que lo actuado en cada uno de los extremos será independiente y no es vinculante, por lo anterior deben desahogarse en cada expediente. También hay que tener presente que es común que se estime por los tribunales que las pruebas idóneas son la prueba pericial grafoscópica y documentoscópica, sin embargo, con

base en las nuevas tecnologías, las periciales en sistemas y contable son las nuevas pruebas reina, en el tema de la creación de pólizas apócrifas.

¿Las bóvedas digitales y las nuevas firmas digitales o los mensajes de datos encriptados hacen nugatorias las pruebas y diligencias?

No, ya que de todas formas se tiene que demostrar la eficacia por medio de una pericial. Además de que las bóvedas y demás candados informáticos sólo son útiles en los casos de pólizas auténticas alteradas (y en los que se requiera confrontar una versión auténtica con otra no auténtica), sin embargo esto no es útil cuando el creador utiliza números de folio que no correspondan a póliza auténticas. P. ej. Si se toman colores de una Institución y forma de impresión de otra Institución.

10.- DEL TRAMITE DE MEDIDAS CAUTELARES.

Es indispensable la obtención de las mismas ya que éstas permitirán que no se lesionen más intereses, en tanto la investigación iniciada por la autoridad ministerial concluye.

Es decir, las cosas se mantienen en estado de suspensión, hasta en tanto no se determine la averiguación del ilícito denunciado.

Es importante lo anterior, ya que si como institución fiadora se tiene conocimiento de que existe una póliza de fianza no auténtica, la cual se pretende atribuir a dicha institución, es claro que la misma puede ser reclamada y por ende ponerse en riesgo sus intereses.

De aquí la importancia de la medida cautelar, que se hará consistir en notificar al supuesto beneficiario que se abstenga de hacer cobro de la misma (si fuere el caso) en tanto no se determine si la fianza es o no auténtica.

Fundamento.-

- a) En materia común, en el D.F., se sustenta en el artículo 9 fracción XVII Y 9 bis fracción I del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
- b) En materia federal, se sustenta en la fracción V y Vi del artículo 2 y en el artículo 38 del Código Federal de Procedimientos Penales.
- c) En las entidades locales variara el fundamento de estas medidas de acuerdo a la legislación local.

Trámite de esta medida.-

La medida cautelar se tramita en el propio escrito de denuncia de hechos o se puede tramitar en escrito separado una vez iniciada la averiguación.

Requisitos.-

El único requisito que se exige es que esté "acreditado" el cuerpo del delito (aún cuando no esté probada la presunta responsabilidad). Por ello es recomendable que se presente la denuncia con la integración completa de pruebas (aunque las autoridades ministeriales acostumbren repetir todas las periciales).

Efecto.-

El efecto de esta medida es que las cosas se mantengan en el estado que tienen. Si ya fue reclamada la póliza falsa o si ya hay un requerimiento, no se revoca (no hay disposición que faculte al MP a revocar). Sin embargo, si aún no se ha formulado reclamo o requerimiento, normalmente se acata tal medida.

Eficacia.-

Su eficacia es relativa porque no existe una vía de apremio para lograr su cumplimiento. Sin embargo, su trámite tiene la ventaja de que da a conocer en forma fehaciente al beneficiario

que la póliza en la que podría basar un reclamo o requerimiento es falsa y ello implicará que si la utiliza se agotaría el tipo de uso de documento falso.

Finalidad de la medida.-

La finalidad es evitar que se consume el delito de uso de documento falso en contra de la Institución y para evitar que el supuesto beneficiario se coloque en la posición de activo de dicho ilícito.

11.- ACCIONES CORRECTIVAS OBSERVADAS EN EL SECTOR.

¿Sólo corresponde al fiador identificar si la póliza es o no atribuible?

Al fiador evidentemente le interesa identificar pólizas apócrifas, sin embargo, se ha visto que el sujeto pasivo principal de estos ilícitos es el beneficiario, quien debiera intentar realizar un proceso de validación de autenticidad.

¿Qué tipos de signos, candados y medidas de seguridad se utilizan en los medios de impresión para intentar hacer atribuible la póliza? Normalmente se utilizaban medios que partían de la apreciación visual y táctil, tales como:

- (i) uso de colores en los formatos de impresión,
- (ii) imágenes en los formatos;
- (iii) usar determinadas características de impresión,
- (iv) utilizar papel "seguridad" con determinadas marcas y trampas ocultas,
- (v) utilizar hologramas, etc.

¿Son eficaces estos medios visuales y táctiles?

En nuestra experiencia estos medios no protegen efectivamente, ya que todos estos medios parten de la confronta de dichos distintivos con los que identifican a las pólizas auténticas. Tal confronta tiene efectos limitados. Además que tales distintivos pueden ser duplicados.

Por ello, actualmente se utilizan medios digitales para realizar la confirmación de autenticidad.

¿Qué medios utilizan estas nuevas tecnologías para permitir confirmar la autenticidad?

Dado que la información de la expedición de las pólizas auténticamente emitidas se cargan en los sistemas en línea y en tiempo real, es posible realizar las validaciones con base en los siguientes medios:

- (i) Teléfono (a las oficinas de servicio de las Instituciones),
- (ii) Internet, a través de las páginas WEB de la mayoría de las Instituciones de Fianzas, y considerando que la mayoría de los beneficiarios tienen este sistema de comunicación.
- (iii) Internet, a través de la página WEB de Afianza (Asociación de Instituciones de Fianzas).

En una variante a las anteriores, se propone que podría ser la página de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas la que tuviere vínculos a estas páginas de validación y de esta forma, en sus funciones de protección al público usuario, podría dar un servicio a todos los clientes del sector, para que por su conducto se validara la autenticidad de pólizas de fianza.

¿Estos medios son efectivos?

Sí. Dan un margen de un 100% de efectividad. Póliza que se valida, es póliza que se puede confirmar u objetar. Las únicas pólizas en las que en estos procesos no puede identificarse su autenticidad es aquella en la cual el beneficiario la recibe sin validar.

Las nuevas tecnologías dan una mayor protección a todas las partes. Esto en virtud de que las nuevas tecnologías permiten realizar la confirmación de autenticidad con la propia Institución emitente. Es más efectivo confirmar con la Institución a la que se atribuye la expedición que confiar en “certeza” que proporcionan las “medidas de seguridad”.

a) Nos han llamado de dependencias para validar las pólizas recibidas, antes de entregar anticipo (con lo cual han evitado el quebranto).

b) Nos han llamado de juzgados antes de otorgar libertad bajo fianza a algún indiciado (con lo cual han negado la libertad bajo fianza).

En otro caso, en el que no se validó oportunamente, relató el beneficiario que había confiado en una carta que le había entregado el propio fiado y en la que se apreciaba que el mismo creador ratificaba la “autenticidad” de la póliza. Es decir, confió en el “formato” (y en la realidad, tanto la póliza como la carta eran apócrifas).

A la fecha no se puede decir que existan otros medios más efectivos que los anteriores.

Sobre este punto, el sector ha tratado de realizar campañas masivas con los beneficiarios que utilizan en forma masiva la fianza, sin embargo, como se mencionaba, sus procesos internos no incluyen el proceso de validación.

En resumidas cuentas, consideramos que la mayor herramienta con la que contamos los que intervenimos en el proceso de expedición de fianzas, para no ver afectados nuestros intereses, es enfatizar la necesidad de validar las pólizas de fianza. En la medida que lo hagamos más, seguramente inhibiremos la realización de la comúnmente llamada “falsificación de pólizas de fianza”.

CONCLUSIONES

1. En la creación de pólizas no auténticas, no solo se incurre en la falsificación, además se pueden actualizar otras conductas típicas descritas en las legislaciones penales vigentes.
2. La actualización de una u otra dependerá de la forma y medios utilizados por el activo para lograr el fin buscado.
3. Un correcto ataque de estos ilícitos, parte de la identificación primigenia de la norma típica que se actualiza con la conducta desplegada por el activo, y en función de ello de la selección adecuada de las gestiones a realizar para lograr que la autoridad competente tome conocimiento de los hechos.
4. Dentro de la selección que debe realizarse, se encuentra la relativa a los medios de convicción o pruebas que para tal supuesto deben desahogarse, ya que no podemos hablar de una batería de pruebas de aplicación irrestricta, sino que por el contrario la selección de éstos elementos debe partir del modus operandi en que se haya dado la conducta.
5. Con el ataque frontal es evidente que esta conducta puede desmotivarse, sin embargo también consideramos que con la implementación de medios digitales de expedición es más factible lograr esta prevención.
6. De la misma forma consideramos que una reforma a los artículo 3 y 112 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, pueden ayudar a que esta conducta tenga una atención especial y de acuerdo a la razón de ser de la propia Ley en cita, es decir, proteger a las partes del negocio afianzador. (Fiado-Beneficiario-Afianzador)
7. De la misma forma consideramos que una reforma a la Ley de Obras Publicas y a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público son necesarias a fin de evitar o prevenir las consecuencias dañosas de esta conducta, y por ser estos contratos públicos los principalmente afectados por esta conducta.

BIBLIOGRAFIA

Libros:

1. Carranca y Trujillo Raúl, DERECHO PENAL MEXICANO. PARTE GENERAL. Edit. Porrúa. México 1997.
2. González Emigdio Anatolio Y Cervantes Flores Agustí. GLOSARIO DE DOCUMENTOS CUESTIONADOS. Editorial Inadej. México 2005.
3. Instituto de Investigaciones Jurídicas. ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA. Editorial Porrúa. México 2002.
4. Orellana Wiarco Octavio Y Orellana Trinidad Octavio. GRAFOSCOPIA. AUTENTICIDAD O FALSEDAD DE MANUSCRITOS Y FIRMAS. Editorial Porrúa. México 2006.
5. Pablo Rodríguez Juan. CONTRATO DE FIANZA CIVIL Y COMERCIAL. Editorial: Fondo Editorial de Derecho y Economía. Argentina 2003.
6. Pavón Vasconcelos Francisco. DICCIONARIO DE DERECHO PENAL. Editorial Porrúa. 12ª Edición. México 1995.
7. R. Roldan Patricio. DOCUMENTACIÓN PERICIAL CALIGRÁFICA. Ediciones LA Rocca. Argentina 2006
8. Real Academia Española. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Editorial Espasa Calpe. 22ª edición. Madrid 2001
9. Zamora Jiménez Arturo. CUERPO DEL DELITO Y TIPO PENAL. Angel Editor. México 2000.

Legislación:

1. Código Penal Federal. México, Sista 2008
2. Código Federal de Procedimientos Penales. México. Sista. 2008
3. Código Civil para el Distrito Federal. México. Sista 2006
4. Código Penal para el Distrito Federal. México. Sista. 2008
5. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Sista 2008
6. Ley Federal de Instituciones de Fianzas. México. Sista. 2008