

40761

1
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS "ARAGON"**

**"EL DELITO DE OPERACIONES CON
RECURSOS DE PROCEDENCIA
ILICITA (LAVADO DE DINERO) EN LA
LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA"**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO
(CIENCIAS PENALES)**

**P R E S E N T A :
LIC. NOE LOPEZ MENDOZA**

ASESOR: MAESTRO PEDRO UGALDE SEGUNDO

MÉXICO,

1999

27/2017

TESIS CON
FALLA DE CUBRIR



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

CON PROFUNDO CARIÑO A MIS PADRES:
NATIVIDAD LOPEZ CALDERON

Y

EMILIA MENDOZA TREVIÑO
IN MEMORIAM.

A MI ESPOSA ROSA MARIA Y MUY
ESPECIALMENTE MIS HIJOS: MICHELE, NORDIEL
Y DANTE, POR COMPARTIR SUS VIVENCIAS Y
ENRIQUECER MI VIDA.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE
MEXICO, NUESTRA MAXIMA CASA DE ESTUDIOS:
POR ACEPTARME NUEVAMENTE EN SU SENO, Y
MI ESPECIAL AGRADECIMIENTO A "CAMPUS
ARAGON", ASI COMO A TODOS MIS MAESTROS
POR SUS SABIAS ENSEÑANZAS.

A MI ASESOR:
GRAN AMIGO Y ASESOR, MAESTRO PEDRO
UGALDE SEGUNDO POR SU PACIENCIA, AYUDA Y
DIRECCION ACERTADA EN EL PRESENTE
TRABAJO.

A LOS INTEGRANTES DEL HONORABLE SINODO

MTRO. PEDRO UGALDE SEGUNDO

MTRO. FRANCISCO JESUS FERRER VEGA

MTRO. JAIME FLORES CRUZ

MTRO. ISIDRO CASAS RESENDIZ

MTRO. JAVIER JIMENEZ MARTINEZ.

POR SUS OBSERVACIONES Y CONSEJOS

APORTADOS EN LA PRESENTE TESIS

RECEPCIONAL.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS DE LA DIRECCION GENERAL DEL MINISTERIO PUBLICO ESPECIALIZADO "A", DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA, POR COMPARTIR SUS EXPERIENCIAS, ESTANDO AL FRENTE EL LIC. AQUILES MONTER ORTEGA, POR SU ESPIRITU HUMANITARIO Y PROFESIONAL.

A MIS HERMANOS, SOBRINOS, DEMAS FAMILIARES Y AMIGOS POR SU CONVIVENCIA SANA, DESINTERESADA Y FELIZ QUE HE TENIDO CON USTEDES.

P R E Á M B U L O

Nuestro peregrinar por largos años en la Institución encargada de perseguir los hechos presumiblemente delictivos del orden federal, nos ha brindado la oportunidad de observar la problemática de los altos índices delictivos que hoy en día padece nuestro país, frente a ese hecho existe sin embargo, un fenómeno que en los últimos años a creado serios problemas para el normal desarrollo de la actividad financiera del país, es nada menos que, la realización de operaciones con recursos de procedencia ilícita, que bien puede tener su origen en el narcotráfico, Trafico de Armas, Robo de Vehículos o la propia comisión de otros delitos, de ahí que recientemente se ha dado un combate frontal a esta figura delictiva con su reciente tipificación en el Código Penal Federal, pese a ese considerable y valioso esfuerzo existen en nuestro concepto todavía aún mas lagunas que dificultan la eficaz investigación del hecho para combatir el flagelo en comento; por ello, creemos que es necesario crear mecanismos tanto dentro del propio derecho penal como de política criminal que permitan al órgano acusatorio como al jurisdiccional comprobar con mayor eficacia tanto los elementos del tipo penal como la responsabilidad, protegiendo con ello nuestro tan deficiente sistema financiero, y creando transparencia en las operaciones del mundo económico, así como, en cierta manera, inhibir los delitos que originan el lavado de dinero.

Las operaciones con recursos de procedencia ilícita, constituye un delito que por su naturaleza, su comprobación constituye un grave problema tanto del derecho penal sustantivo como el adjetivo, puesto que en principio requiere la comprobación de que el recurso, el derecho o los bienes de cualquier naturaleza debe quedar demostrado que provienen de una actividad ilícita, cuestión sumamente compleja por la circulación del dinero, lo anterior aunado a la deficiente redacción del precepto penal que lo tipifica, y más aún todavía a la falta de información doctrinaria al respecto; en total tres son los puntos fundamentales a dilucidar, primero, descifrar la naturaleza del delito motivo de nuestra investigación, segundo, interpretar conforme a la doctrina mínima existente de los elementos que se contienen en la descripción legislativa, y, finalmente aplicar estrictamente, los elementos del tipo y la responsabilidad, tal y como lo prevé el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

**EL DELITO DE OPERACIONES CON RECURSOS DE
PROCEDENCIA ILICITA (LAVADO DE DINERO)
EN LA LEGISLACION PENAL MEXICANA**

CAPITULO I

**ANTECEDENTES DEL DELITO DE OPERACIONES CON RECURSOS DE
PROCEDENCIA ILICITA**

1. AMBITO MUNDIAL	5
1.1.1. Tráfico de armas	11
1.1.2. Narcotráfico	14
1.2.3. Los pueblos del lejano oriente	19
1.2.4. Epoca moderna	21
1.2.5. La Segunda Guerra Mundial	23
1.2.6. En el Derecho comparado	25
1.2.6.1. Italia	26
2.2.6.2. Alemania	26
2.2.6.3. Suiza	27
2.2.6.4. Colombia.....	27
2.2.6.5. España	28
2.2.6.6. Argentina	29
2. AMBITO NACIONAL	32
1.2.1. Epoca precolombina	32
1.2.2. Epoca colonial	33
1.2.3. Epoca independiente	36
1.2.4. El siglo veinte	40
1.2.5. Código Penal	45
1.2.5.1. Código Penal de 1931	45
1.2.6. Código Fiscal.....	47

CAPITULO II

ELEMENTOS DE LA DESCRIPCION LEGISLATIVA

2.1. CONDUCTAS PREVISTA EN EL TIPO	49
2.1.1. Adquirir	51
2.1.2. Enajenar	52
2.1.3. Administrar	52
2.1.4. Custodiar	53
2.1.5. Cambiar	53
2.1.6. Depositar	54
2.1.7. Dar en garantía	56
2.1.8. Invertir	56
2.1.9. Transportar o transferir	57
2.2. ESPACIO TERRITORIAL PREVISTOS EN EL TIPO	59
2.2.1. Dentro del territorio nacional	61
2.2.2. Del territorio nacional al extranjero	62
2.2.3. Del extranjero al territorio nacional	63
2.3. OBJETOS SOBRE EL QUE RECAE LA CONDUCTA PREVISTOS EN EL TIPO	63
2.3.1. Recursos	64
2.3.2. Derechos	64
2.3.3. Bienes de cualquier naturaleza	65
2.4. CONOCIMIENTO DE LA ILICITUD DE LOS RECURSO, DERECHO O BIENES	68
2.4.1. Conocimiento de que proceden del producto de una actividad ilícita	69
2.4.2. Representen el producto de una actividad ilícita	69

5. OBJETIVOS DE LA CONDUCTA PREVISTO EN EL TIPO	69
2.5.1. Ocultar	69
2.5.2. Pretender ocultar	71
2.5.3. Encubrir	71
2.5.4. Impedir conocer el origen	74
2.5.5. Impedir conocer la localización	74
2.5.6. Impedir conocer el destino	75
2.5.7. Impedir conocer la propiedad de dichos recursos	75
2.5.8. Impedir conocer la propiedad de dichos derechos	75
2.5.9. Impedir conocer la propiedad de dichos bienes	76
2.5.10. Alentar alguna actividad ilícita	76
6. SUJETOS PREVISTOS EN EL TIPO	76
2.6.1. Cualquier persona	77
2.6.2. Empleados del sistema financiero que preste ayuda o auxilio para la comisión del delito	78
2.6.3. Funcionarios del sistema financiero que preste ayuda o auxilio para la comisión del delito	79

CAPITULO III

TEORIA GENERAL DEL DELITO

3.1. El comportamiento humano	81
3.1.1. Formas de comportamiento	82
3.1.1.1. Acción	83
3.1.1.2. Omisión	85
3.1.1.2.1. Propia	87
3.1.1.2.2. Impropia	87
3.2. Elementos Generales del delito	88

3. El tipo penal	91
4. Estructura del tipo penal	93
3.4.1. Elementos objetivos	93
3.4.2. Elementos subjetivos	94
3.4.3. Elementos normativos	95
5. Tipicidad	96
6. Atipicidad	98
7. Antijuridicidad	99
3.7.1. Elementos de la antijuridicidad	101
8. Culpabilidad	102
3.8.1. Elementos de la culpabilidad	103

CAPITULO IV

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL

4.1. La conducta	107
4.2. Lesión del bien jurídico protegido	108
4.3. Forma de intervención	109

4.4. Los sujetos	110
4.4.1. El sujeto activo	110
4.4.2. El sujeto pasivo	111
4.5. Resultado	112
4.6. Nexo causal	115
4.7. Objeto material	117
4.8. Medios de comisión	119
4.8.1. Transferencia de fondos bancarios	121
4.8.2. Cambio de moneda extranjera	123
4.8.3. Compra-venta de bienes raíces	124
4.8.4. Doble facturación	125
4.8.5. Las tarjetas de crédito	125
4.8.6. La red internet	126
4.8.7. El envío de fondos a paraísos fiscales	128
4.8.8. El préstamo de vuelta	129
4.8.9. Otros medios de comisión	130
4.8.9.1. Control de casas de juego	130
4.8.9.2. Apertura de tiendas de artículos de primera necesidad	131
4.9. Elementos normativos	132
4.10. Circunstancias	134

CAPITULO V

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL

3.1. Forma de realización	136
---------------------------------	-----

2. Elementos subjetivos específicos	137
5.2.1. El propósito	138
5.2.2. Los motivos	140
3. ANTIJURIDICIDAD	141
4. CULPABILIDAD	145
5. TENTATIVA	150
6. CONCURSO	158
CONCLUSIONES	160
BIBLIOGRAFIA	166

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene por objeto analizar los aspectos jurídicos del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, para ello es preciso en primer lugar un acercamiento histórico, político y económico a este fenómeno, pues la legislación en la materia es la respuesta al desarrollo de dicho delito.

Así, en el capítulo primero, se estudian los antecedentes de este delito en la época moderna en las naciones tradicionalmente involucradas en el lavado de dinero como Italia, Alemania, Suiza, Colombia, España y Argentina; específicamente se estudian periodos importantes como la Segunda Guerra Mundial, debido a que durante ésta el control de la procedencia de los recursos fue insuficiente.

En este capítulo también se expone la evolución del delito de lavado de dinero en México, desde la época precolombina hasta la época moderna; a pesar de que el delito no aparece como tal si es posible identificar algunas de las fuentes actuales de los recursos, por ejemplo el contrabando o la evasión de impuestos.

El capítulo segundo examina los elementos de la descripción legislativa del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita; estos elementos son: las conductas; el espacio territorial; los objetos sobre los que recae la conducta;

el conocimiento de la ilicitud de los recursos derechos o bienes blanqueados; los objetivos de la conducta; y los sujetos.

En el capítulo tercero se analiza la teoría general del delito compuesta por el comportamiento humano; los elementos generales del delito; el tipo penal; la estructura del tipo penal; la tipicidad; la atipicidad; la antijuricidad y la culpabilidad.

El capítulo cuarto se refiere a los elementos objetivos del tipo penal como la conducta; la lesión del bien jurídico protegido; la forma de intervención; los sujetos; los resultados; el nexo causal; el objeto material; los medios de comisión; los elementos normativos y las circunstancias.

Finalmente, en el capítulo quinto se estudian los elementos subjetivos del tipo penal, estos elementos son: la forma de realización; los elementos subjetivos específicos; la antijuricidad; la culpabilidad; la tentativa y el concurso.

En esta investigación, también se analizan las disposiciones jurídicas de nuestro país sobre el delito del lavado de dinero, como un medio para contribuir a la persecución del mismo.

Se eligió a este delito como el tema central del presente trabajo, que lo aborda -en primer lugar- a partir de sus antecedentes, en relación con el tráfico de armas y el narcotráfico, desde una perspectiva histórica y jurídica, en un contexto tanto nacional como internacional.

En segunda instancia se dieron los elementos de la descripción legislativa previstos en el tipo, como las conductas; espacio territorial; objetos sobre los que recae la conducta; el conocimiento de que los recursos, bienes o derechos tienen una procedencia ilícita; los objetivos de la conducta y los sujetos.

Por otra parte, se revisó la teoría general del delito, en lo tocante al delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita; por esa razón se habló del comportamiento humano; los elementos generales del delito; su tipo penal y la estructura de éste, además de las figuras jurídicas de atipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Además, fueron especificados los elementos objetivos del tipo penal, como *la conducta; la lesión del bien jurídico protegido; la forma de intervención; los sujetos (activo y pasivo); el resultado; el nexa causal el objeto material; los medios de comisión; los elementos normativos y las circunstancias*. Cabe añadir que, en lo referente a los medios de comisión, se analizaron desde los más antiguos y tradicionales (como transferencias bancarias, venta de bienes raíces,

servicio de correos, etc.) hasta los más actuales, como en el caso de la red informática Internet, cuya gran difusión en los noventa no sólo ha ampliado las posibilidades de la información, sino también las de las personas que cometen el ilícito de que trata la presente tesis.

Finalmente se analizaron los elementos subjetivos del tipo penal, como la forma de realización; el propósito y los motivos, y se destacó la subjetividad en cuanto a los conceptos de antijuridicidad, culpabilidad, tentativa y concurso.

En general, se trató de dar una visión amplia sobre este delito y, en estas conclusiones, queremos destacar la peligrosidad del mismo pues, como se esbozó líneas atrás, fomenta la comisión de los delitos que proveen los recursos que son manejados.

Consideramos que el tema es de gran actualidad, pues en nuestra época son numerosos los medios a través de los cuales es posible, por ejemplo, el lavado de dinero, que puede llevarse a cabo por los medios más simples o por los más complicados, en donde pueden intervenir numerosas personas e instituciones, conformando redes que dificultan el rastreo del dinero e impiden conocer cuándo y mediante qué maneras el dinero *sucio* se convirtió en dinero *limpio*.

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES DEL DELITO CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA.

1.1. Ámbito mundial

En todas las sociedades en donde se han realizado operaciones financieras se han manifestado elementos del delito del lavado de dinero; sin embargo, fue hasta este siglo, cuando el fenómeno se mostró con mayor nitidez como un fenómeno con características específicas.

Durante la Segunda Guerra Mundial, el lavado de dinero se internacionalizó como consecuencia de la movilización mundial de capitales para las acciones de guerra (reclutamiento, aprovisionamiento y tecnificación de las tropas) y posteriormente para las de paz (programas de ayuda, conferencias internacionales, etc.). Debido a los trastornos de la guerra, la movilización de capitales no se realizó bajo una reglamentación estricta por lo que en la mayoría de los casos no se supo con exactitud la procedencia y el destino de los capitales.

Esta situación se mantuvo en el sistema financiero internacional hasta los años 90's cuando, tras la aparición de signos alarmantes de la penetración del capital de procedencia ilícita, la comunidad mundial exigió la elaboración de reglas estrictas para las operaciones financieras internacionales.

No obstante, el lavado de dinero continúa su expansión como consecuencia de los siguientes factores

1. La globalización de los mercados financieros.
2. Los avances tecnológicos en las comunicaciones.
3. La expansión del narcotráfico a nivel mundial.
4. La diversificación de las actividades del dinero sucio.

La globalización de los mercados financieros

A partir de los años setenta, la economía mundial inició la transformación del esquema de la producción de valor al de transacción de valor; es decir, hasta antes de esa década, la economía mundial se fundamentaba en la manufactura de productos, así la riqueza de cada país dependía de su capacidad industrial; posteriormente, la economía mundial comenzó a basarse en el mercado financiero.

Esta dependencia de la economía mundial del mercado financiero puede explicarse como "un régimen de acumulación de capital nuevo cuyo funcionamiento dependería de las prioridades del capital privado altamente concentrado (...) *capital centralizado que conserva la forma de dinero y se multiplica como tal*".¹

¹ Chesnais, François "La globalización y el estado del capitalismo a finales del siglo" En la revista Investigación económica No 215, enero-marzo de 1996 p 233

La prioridad principal del capital consiste en reproducirse a sí mismo, sin importar los procedimientos empleados mientras estos no estén prohibidos explícitamente en la ley. Esto explica la vulnerabilidad de la economía mundial ante el lavado de dinero, pues éste actúa en los centros financieros, columna vertebral del sistema económico actual.

La globalización de los mercados financieros, consiste en *la internacionalización de las operaciones de capital financiero (entradas y salidas), de "las instituciones bancarias y financieras cuyo efecto consiste en facilitar las fusiones y las adquisiciones internacionales (...) así como la creación mediante la inversión internacional cruzada y las fusiones-adquisiciones transfronterizas, de estructuras oligopólicas transnacionales".*²

Debido a que aún se desconocen todas las posibilidades de dichas operaciones financieras, aún no se encuentran debidamente reglamentadas, lo que facilita su uso para fines ilegales como el del lavado de dinero.

La globalización de los mercados financieros favorece las siguientes maniobras de lavado de dinero:

- La compra de documentos bancarios en una sucursal nacional de una institución bancaria para consolidarlos en una sucursal extranjera.
- La adquisición de documentos bancarios en moneda extranjera para cambiarlos en casas de cambio de moneda extranjera.

² *Ibidem* p.p 239-240

- La compra, a través de un banco extranjero, de instrumentos negociables (bonos, acciones, etc.), para colocarlos en casas de bolsa, en donde se ponen en venta.

Los avances tecnológicos en las comunicaciones

Otro de los factores que contribuyeron significativamente en el desarrollo del lavado de dinero es el avance tecnológico en materia de comunicaciones: telecomunicaciones, teléfonos celulares, radios portátiles, etc. Para algunos autores, el avance tecnológico de las comunicaciones y la globalización del mercado financiero son fenómenos paralelos debido a que aquel facilita las operaciones de este.

Las telecomunicaciones surgieron a principios de los años setenta como consecuencia de la fusión del teléfono y la computadora, un sistema de telecomunicaciones está compuesto por equipos organizados para desarrollar servicios de comunicación, estos equipos son básicamente tres: la terminal, el transmisor y el conmutador. La terminal recibe los mensajes, el transmisor canaliza el mensaje y el conmutador dirige la llamada a su destino.³

Entre las ventajas de las telecomunicaciones pueden citarse:

- La transmisión instantánea de la información
- La transmisión confidencial de la información

³ Cf. Gamdo Lopez, Diego La crisis de las telecomunicaciones, Ed. Fundesco Madrid 1989 pp 43-44

- **La reducción de los costos de la transmisión de la información**

En el lavado de dinero, las telecomunicaciones se utilizan para realizar la mayor parte de las maniobras financieras descritas anteriormente (compra, cambio y consolidación de documentos bancarios).

Por otra parte, los medios de comunicación personal como los teléfonos celulares y las radios portátiles aumentan la capacidad de comunicación de los transgresores de la ley en el ámbito nacional o regional.

Los avances tecnológicos en las comunicaciones, le plantean dificultades a la autoridad en las operaciones de rastreo de recursos de procedencia ilícita, especialmente en lo relativo a la transferencia de fondos de un país a otro.

La expansión del narcotráfico a nivel mundial

La expansión del narcotráfico a nivel mundial, como una de las causas del desarrollo de las operaciones con recursos de procedencia ilícita será expuesta ampliamente en el parágrafo 1.1.2.

La diversificación de las actividades del dinero sucio.

Otro factor importante es la diversificación de las actividades de donde procede el dinero sucio; hasta el siglo pasado, estas actividades estaban relacionadas con el comercio ilegal de productos: manufacturas, esclavos, armas, plantas y sustancias enervantes; a estas actividades se agregaron en este siglo, la malversación, el fraude, la defraudación fiscal, etc.

La malversación se refiere al desvío de los recursos destinados a una política, a un programa o a una institución del gobierno por parte de un funcionario público. Los recursos se desvían a instituciones bancarias extranjeras a nombre del funcionario o de algún prestanombres. Una vez colocados en el extranjero, el funcionario puede disponer libremente de los recursos.

El fraude consiste en la declaración de quiebra de una institución bancaria para dar por terminadas sus obligaciones con sus clientes, a pesar de que cuente con activos. Los activos son trasladados a instituciones bancarias extranjeras como en el caso anterior.

La proliferación de este tipo de actividades se debe a "ciertas características que derivan en la inmunidad que rodea al acto y al autor, la ausencia de previsiones legales o su insuficiencia técnica, la ineficacia de

mecanismos institucionales para su control, (...) el bajo nivel de reprobación general y de represión efectiva”⁴

Así en la actualidad el dinero sucio procede, además del ámbito comercial, de los ámbitos político, administrativo e inclusive religioso, en nuestro país, es notable el caso de las contribuciones de los narcotraficantes Arellano Félix a la jerarquía de la Iglesia Católica

Los factores descritos explican el fortalecimiento del lavado de dinero en la presente década, aunque como se expuso anteriormente, este es un fenómeno de una larga trayectoria histórica.

1.1.1. Tráfico de armas

Como se explicó anteriormente una de las actividades delictivas vinculadas con el lavado de dinero es el tráfico de armas; los factores que determinan la demanda de armas son diferentes para cada nación; sin embargo, en general suelen ser las estructuras sociales, las divisiones étnicas y las circunstancias históricas, aunque cada uno de estos factores varía enormemente entre país y país.

⁴ Nando Lefort, Victor Manuel El lavado de dinero nuevo problema jurídico, Ed Trillas México 1997 p 12

Puede considerarse que el origen común del requerimiento de armas son los conflictos. Muchas de las nuevas naciones fueron creadas artificialmente, es decir, sus fronteras no estaban necesariamente determinadas por consideraciones geográficas, étnicas o históricas, de manera que se trazaron divisiones internas y externas dentro de cada nación. Además, el proceso de descolonización trajo consigo cambios abruptos en la estructura social, lo que causó inestabilidad interna. En esta situación, la adquisición de armas puede satisfacer tres requerimientos:

- De tipo militar: Se refiere a la compra de armas para enfrentar los conflictos internos y externos en los que se deba utilizar la fuerza
- De tipo político: Se refiere a la compra de armas para promover la identidad nacional de distintos grupos políticos, esto sucede en los movimientos de independencia o liberación nacional.
- De tipo castrense: Se refiere a la compra de armas para mejorar la posición de las fuerzas armadas regulares.

Así, las principales causas de la adquisición de armas son los conflictos internos y externos, la identidad nacional y la posición de las fuerzas armadas. Estas causas se repiten en todos los lugares donde se produce el fenómeno del tráfico de armas aunque en distinta medida. Por ello se afirma que las diferencias en el patrón de compra de armamento pueden deberse a los recursos financieros de los países compradores así como a la actitud de los países proveedores.

Entre los países que practican el tráfico de armas destacan los del Medio Oriente, los del este Asiático, y los de África. Los países de Medio Oriente tienen

una posición estratégica debido a su ubicación geográfica y a la riqueza de sus recursos petroleros. A esto se debe que durante la denominada "Guerra Fría" hayan recibido un flujo regular de armamento, origen del actual tráfico de armas.

Hasta 1994, Irak se especializaba en el tráfico de armas químicas; sin embargo, desde su derrota por parte de los Estados Unidos, la comunidad internacional mantiene una estrecha vigilancia sobre la producción de armas en el territorio iraquí, a través de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

El tráfico de armas en los países africanos también empezó durante la "Guerra Fría"; en los años cincuenta, los Estados Unidos empezaron a enviar remesas de armas a las zonas en donde se percibía la influencia de la ideología socialista.

Para lavar el dinero procedente del tráfico ilícito de armas, los traficantes utilizan un proceso compuesto por tres etapas:

1. Colocación o prelavado: El objetivo de esta etapa consiste en desvincular el dinero de la actividad ilícita, para ello se introduce el dinero en el sistema financiero, mediante pequeñas operaciones financieras en distintos puntos geográficos, principalmente en provincias o pueblos. Para eludir los mecanismos de control financiero, los traficantes utilizan técnicas como la estructuración y el fraccionamiento.

2. Transformación o lavado de dinero: El objetivo de esta fase consiste en obstaculizar el rastreo del origen del dinero colocado en el sistema financiero.

esto se logra mediante una cadena de operaciones financieras que generalmente conduce el dinero a algunos de los denominados paraísos fiscales.

3. Integración o reconversión: El objetivo de esta etapa consiste en reintegrar el dinero a la circulación comercial, después de haber obtenido una apariencia legal a través del sistema financiero.

Como se observa, los paraísos fiscales desempeñan una función importante en el lavado de dinero, se entiende por paraísos fiscales a los países que no manejan un régimen impositivo, o que no lo aplican a los capitales extranjeros que llegan a su territorio.

1.1.2. Narcotráfico

El narcotráfico se ha considerado uno de los peores males para la humanidad, debido a que esta actividad fomenta ilícitamente la distribución y el consumo de sustancias, clasificadas como peligrosas. Entre estas sustancias las hay naturales (producidas por el funcionamiento de determinadas especies vegetales) y sintéticas (las obtenidas a partir de plantas, y procesadas en un laboratorio a fin de depurar la sustancia activa).

Si bien algunas de estas sustancias, sobre todo las naturales, han sido utilizadas tradicionalmente y sin peligro por diversos grupos étnicos (baste recordar el caso de los quechuas bolivianos con la hoja de coca, o los indios

mazatecos mexicanos con los hongos alucinantes), en el mundo actual se ha prohibido su producción o cultivo, así como su distribución.

La razón de esta prohibición son los daños que ocasiona la utilización de las drogas al ser humano, y que van de la adicción psicológica a la adicción fisiológica, cuyas repercusiones pueden ser tan graves como la muerte misma. Y es precisamente la adicción o hábito lo que lleva al consumidor a desear tener acceso a las drogas.

Esta situación ha sido aprovechada por personas que, al margen de la ley, producen y distribuyen las drogas tanto en territorios nacionales como en el mundo entero. Así, el fenómeno de la globalización no sólo permea la economía, la política o la cultura: también incide en la distribución de las drogas, que se han vuelto un problema mundial.

En efecto, el cultivo y tráfico de estupefacientes, no obstante la prohibición, se halla en plena expansión. La producción de cocaína, originaria de un par de países, se extiende por toda Sudamérica y se distribuye en los Estados Unidos de Norteamérica y en Europa. En África, especialmente en Marruecos, se industrializa el hashish, distribuido a Europa. El territorio chino sirve como ruta de la heroína; y los países de Europa oriental se especializan en drogas sintéticas.⁵

⁵ Cf. Lafuente, Carlota "Las rutas de la droga" en *El País Semanal* 17 de mayo 1996 pp. 48-57

Los mayores consumidores son los países industrializados, en especial los Estados Unidos y los de Europa occidental. Esta región europea se ha convertido en una zona de distribución de drogas, que llegan desde Asia (opio y opiáceos), América Latina (cocaína) y África (hashish). Rusia y Polonia sirven como ruta para pasar cocaína o anfetaminas.

De esta forma, el mercado negro de drogas es altamente rentable, pese a sus riesgos. Además, las altas ganancias obtenidas han servido para que los imperios de distribución de estupefacientes sigan creciendo, pues se utilizan para corromper a algunas autoridades de todo el mundo, a fin de que permitan la libre operación de los cárteles de drogas. Los desmesurados beneficios económicos de la droga, dinero sucio, ha suscitado la creación de estructuras (nacionales y mundiales) especializadas en el lavado de dinero, que abarcan desde grandes instituciones financieras (bancos, casas de bolsa) hasta el pequeño comercio, o el cambio en pequeñas cantidades de moneda nacional por dólares, que van a los países productores de estupefacientes.

En general, el negocio de las drogas se asocia a la violencia, por lo que en general es indisoluble de las armas: es de sobra conocido el hecho de que los armamentos utilizados por las mafias, en ocasiones supera a las armas de las fuerzas públicas encargadas de combatir a los *gangs*. De ahí que surjan alianzas,

por ejemplo entre narcotraficantes y guerrilleros (como en Colombia), o que los propios narcotraficantes negocien también con armas de todo tipo.

Para el narcotráfico, el lavado de dinero es importante debido a que permite que los recursos de procedencia ilícita puedan reintegrarse a la circulación económica.

Para efectuar el lavado de dinero, el narcotráfico posee "una extensa red de profesionales en mercadotecnia, bienes raíces, inversiones, financiamiento, administraciones bancarias, abogados, contadores, políticos, técnicos, traficantes en armas, mercancías y bienes, así como de personal de apoyo que asesora y colabora a transformar el dinero a través de diversos procesos que legitiman sus ganancias ilícitas".⁶

El dinero obtenido del narcotráfico puede lavarse utilizando alguna de las siguientes técnicas:

1. *Técnica smurfing*: Consiste en realizar transacciones menores a los 10,000 dólares en distintas instituciones bancarias a través de terceras personas, con la finalidad de evitar que los bancos informen acerca de ellas a las instituciones responsables del ramo.
2. *Técnica de legalización de negocios*: Consiste en efectuar inversiones en comercios detallistas de ventas al por mayor como supermercados, farmacias, restaurantes, etc. El dinero de las ventas se mezcla con el del narcotráfico, de

⁶ Nando Lefort, Victor Manuel *Op. Cit.* p. 13

esta manera, los comercios pueden comprobar la procedencia de sus recursos ante el fisco.

En Colombia, una de las técnicas de lavado de dinero del narcotráfico más utilizada es la de la *legalización de negocios*; en este país, los narcotraficantes han logrado el control de las tiendas departamentales desplazando a transnacionales del ramo como Walmart, Auchan, etc, mediante la estrategia de bajar los precios de los productos a un nivel en que estas no pueden competir.⁷

3. *Técnica de cambio de moneda extranjera*: Consiste en la compra de giros o letras bancarias en moneda extranjera para cambiarlas en casa de cambio. A este ilícito contribuye el hecho de que las casas de cambio no manejan registros confiables de sus clientes.
4. *Técnica de empleo de casas de corretaje*: Consiste en la adquisición de instrumentos negociables por medio de instituciones bancarias extranjeras para colocarlos en casas de corretaje a través de las cuales se pondrán a la venta.
5. *Técnica de doble facturación* : Consiste en la compra de una red empresas en la provincia, para reducir el monto de los impuestos de estas empresas, se compran bienes o valores de compañías extranjeras a un precio elevado, con lo que disminuyen las utilidades de las empresas.
6. *Técnica de compra de propiedad*: Consiste en la firma de un contrato de compra-venta en donde se estipula un precio inferior al precio real de una propiedad, no obstante el vendedor recibe el monto del precio real. Posteriormente, el narcotraficante vende legalmente la propiedad al precio real con lo que lava la diferencia entre ambos precios.⁸

⁷ Cf. Perdomo, Rafael "El narcotráfico en México" En *Memoria* Mexico, Agosto 1996 p 32

⁸ Cf Urbina Nandayapa Arturo *Los delitos fiscales en México* Vol 5: Paraísos fiscales y lavado de dinero Ed Sistemas de Información contable y administrativa computanzados S A de C V.

Según cifras de organismos internacionales vinculados con la lucha contra el narcotráfico, estos procedimientos permiten el lavado de entre 300 000 y 500 000 millones de dólares al año.

Estos recursos "emergen limpios y renovados a través de un proceso de simulación que oculta su procedencia ilegal y que, en muchas ocasiones, es casi imposible de detectar, ya que se encuentran desde el principio inmersos en la gran corriente económica".⁹

Los narcotraficantes generalmente invierten el dinero limpio en las ramas de la ganadería, la agricultura, la construcción, el comercio, los servicios y la recreación; en las ramas de la ganadería y de la agricultura en empresas agropecuarias; en la rama de los servicios en gasolineras; y en la rama de la recreación en *clubes* deportivos, hoteles, restaurantes, discotecas, bares, etc.

1.1.3. Los pueblos del lejano oriente

El tráfico de armas en el Lejano Oriente ha sido menor que en otras regiones del mundo, incluso asiáticas, debido a que las potencias mundiales, encabezadas por los Estados Unidos, han realizado intervenciones directas de

México, 1997, pp 60-61.

⁹ Nando Lefort, Victor Manuel *Op Cit* p 14

gran envergadura, como en el caso de las guerras de Corea (en los cincuenta) y de Vietnam (entre los sesenta y los setenta).

Con todo, la transferencia de armas a las naciones del Lejano Oriente, ha estado motivada por los conflictos en el área. Los principales proveedores de armas a esta región son las grandes potencias; en la época de la guerra fría, la alineación de los países -hacia el socialismo o hacia el capitalismo- determinaba si el armamento provendría de la ahora extinta Unión Soviética y de China, o de los Estados Unidos y las naciones poderosas de Europa Occidental.

Además, las ex-colonias siguen recibiendo ayuda y suministros militares de los países de los que dependían, como de la Gran Bretaña. Los Estados Unidos, en particular, acompañan la provisión de armas con el envío de tropas y entrenamiento. Desde el término de la Segunda Guerra Mundial, el fin de estas acciones es afianzar el poderío militar estadounidense en la región, en detrimento de Japón, país que durante el conflicto bélico tuvo la supremacía en el Pacífico asiático, y como una forma de equilibrar el potencial poderío de la Unión Soviética en el área.

Una característica del conflicto polarizado fue la dependencia mutua que se creó entre clientes y proveedores. Esta forma de monopolio permitió a las potencias vendedoras de armamento ejercer un férreo control sobre la política en general de los países compradores.

Durante esta época, el tráfico de armas en el lejano oriente tenía una apariencia legal; es decir, los gobiernos tenían plenamente identificados a los proveedores; sin embargo, el tráfico de armas se tornaba ilegal en el momento de la distribución, pues las armas eran desviadas hacia otros destinos, en lo que influía la corrupción de los gobiernos. Las ganancias obtenidas de estas operaciones se reciclaban con los métodos tradicionales de lavado de dinero, principalmente, mediante transferencias a instituciones financieras europeas.

1.1.4. La época moderna

En el periodo comprendido entre los siglos XIX y XX, la mayoría de los recursos que se blanqueaban a través del lavado de dinero provenía del tráfico de armas debido a la proliferación de conflictos militares en distintas partes del mundo: guerras de independencia, guerras liberales, guerras mundiales.

Hasta la primera mitad del siglo XIX, las tecnologías bélicas no tuvieron mucho desarrollo, por lo cual el armamento se producía en cantidades apenas suficientes para abastecer a los ejércitos y mercados locales. Sin embargo, las armas "eran difundidas por constructores de imperios y traficantes, pero la difusión de las técnicas para producirlas y utilizarlas adecuadamente era mucho más lenta."¹⁰

¹⁰ Krause, Keith, Arms and the State. Patterns of Military Production and Trade Ed. Cambridge University Press Gran Bretaña, 1992. p 54

En la segunda mitad del siglo XIX, el mejoramiento de las técnicas metalúrgicas promovió la producción y la distribución de nuevas y mejores armas, a todo el mundo. En este periodo Gran Bretaña, Alemania y Francia se convirtieron en los máximos productores de armamento, lo que a su vez contribuyó a acrecentar su poder militar y político; tales fueron las causas del fuerte impulso en la producción y tráfico de armas a fines del siglo XIX, que condujo a crear nuevas relaciones entre el Estado, la industria y la tecnología.

Ya desde mediados del XIX, Alemania comenzó a producir armamento, que era comprado tanto por Prusia como por Rusia, en cuyo territorio la fábrica alemana Krupp instaló una planta productora de armamento, a petición de los zares.

Desde fines del siglo pasado hasta 1914, año del inicio de la Primera Guerra Mundial, los países mencionados fueron los principales productores de armamento, siendo sus Estados los que manipulaban las transferencias de armamento, de acuerdo con sus propias políticas. Los países compradores eran las naciones latinoamericanas y China, al igual que algunos países centroeuropeos. En todos esos casos se puede encontrar un fenómeno que perdurará durante el siglo XX: los países clientes le compran a los países productores, en función de su alineación política.

Si bien la Primera Guerra Mundial mostró los horrores de la técnica aplicada al armamento, después del conflicto, el tráfico internacional de armas del periodo de entreguerras (1919-1938) se caracterizó más por la evolución continuada del sistema existente. Sin embargo entre 1920 y 1930, "en Francia y Gran Bretaña, la industria de las armas languideció (...) como resultado de la dramática caída en el mercado doméstico [de armas] que sucedió a la guerra."¹¹ Otras naciones que se sumaron al grupo de grandes productores de armamento fueron los Estados Unidos y la recién creada Unión Soviética.

1.1.5. La Segunda Guerra Mundial

Como se expuso en la introducción de este capítulo, la Segunda Guerra Mundial favoreció la internacionalización del lavado de dinero, debido principalmente a la ausencia de reglas precisas para los movimientos internacionales de capital. No obstante, a este motivo deben agregarse otros como causas humanitarias, políticas, etc.

Hasta 1942, fecha de la incorporación de los Estados Unidos a la contienda, los motivos fueron principalmente bélicos, cada uno de los bloques buscaba mantener su capacidad bélica, especialmente a través de la compra de armas, sin importar su procedencia, legal o ilegal, lo cual explica la proliferación del tráfico de armas en este periodo.

¹¹ *Ibidem* p 73

Los países implicados en la guerra, compraban armas a los países de su propio bloque o a los países neutrales. Los países productores de armas eran los mismos que a mediados del siglo XIX, exceptuando a los Estados Unidos y a la Unión Soviética. En esta época, estos países desempeñaron un papel fundamental en el aprovisionamiento militar, y marcaron el desarrollo del tráfico de armas durante la posguerra.

Además de la compra de armas, los bloques invertían fondos para subsidiar la investigación bélica, son muy conocidas las inversiones del régimen del *III Reich* para el avance de las tecnologías bélicas, esto provocó que "la relación entre el Estado y la investigación básica fuera más cercana, a menudo desvaneciendo la frontera entre las tecnologías militares y civiles".¹²

La inversión bélica absorbía una gran cantidad de recursos, al principio, los recursos se obtenían del tesoro, de préstamos, etc.; sin embargo, al prolongarse el conflicto, la escasez de recursos motivó la realización de operaciones encubiertas entre los representantes de los gobiernos y los proveedores de armas.

¹² Krause, Keith *Op cit* p. 82

A partir de 1942, los motivos fueron humanitarios, la inversión militar del bloque aliado se realizó para liberar a los pueblos conquistados por los nazis, por lo que no importaba la procedencia de los recursos ni de las armas.

Por su parte, en el bloque del Eje, se intensificaron las prácticas de lavado de dinero, entre las que destacan las operaciones entre los gobiernos alemán e italiano y los bancos suizos.

El ejército alemán tenía como deber apoderarse de las propiedades del enemigo después de vencerlo, especialmente de las propiedades susceptibles de ser intercambiadas, como los objetos de oro, para financiar los gastos bélicos del Estado alemán. En los últimos meses se ha descubierto que el gobierno alemán fundía los objetos de oro (joyas, utensilios, instrumentos, aplicaciones dentales, etc.) para convertirlos en lingotes y realizar operaciones financieras con los bancos suizos. Las ganancias de estas operaciones se han estimado en aproximadamente 1,600 millones de francos.

El gobierno italiano también trasladó oro a los bancos suizos, sin que hasta la fecha haya podido establecerse su procedencia; en estos bancos, el oro se transformaba en divisas para la importación de toda clase de productos.

1.1.6. En el Derecho Comparado

A continuación revisaremos el papel que han tenido el tráfico de armas y el de drogas en el lavado de dinero en países como Italia, Alemania, Suiza, Colombia, España y Argentina. Así como las medidas en el ámbito jurídico que han impulsado sus gobiernos para luchar contra el lavado de dinero.

1.1.6.1. Italia

Después de la Segunda Guerra Mundial, Italia continuó lavando dinero en Suiza, principalmente recursos obtenidos de la venta de armas, la prostitución, el juego, los secuestros, y la *venta de protección* a comerciantes y empresarios, actividades regenteadas por la mafia.

En esta época, la mafia "para reciclar el dinero creó bancos propios o controlaron otros allegados a la organización, con funcionarios estatales, jueces o policías comprometidos (...) en la década de los 70's, adoptaron técnicas, tácticas y procedimientos de grupos terroristas".¹³

1.1.6.2. Alemania

En la segunda mitad de este siglo, el lavado de dinero en Alemania proviene del tráfico de drogas, principalmente de la heroína, de la morfina, del hashish. El tráfico de drogas inició en Alemania después de la Guerra de Vietnam,

¹³ Romero Silva, Raúl Analisis jurídico del lavado de dinero. Tesis de licenciatura en Derecho Mexico, 1997 p. 21

cuando los soldados norteamericanos adictos a la heroína, hicieron una escala en el territorio alemán para someterse a terapias de rehabilitación.

1.1.6.3. Suiza

La economía suiza está basada completamente en su sistema financiero, esta característica la hace sumamente vulnerable al lavado de dinero, por ello las autoridades suizas han implementado algunas medidas como la investigación por parte de las instituciones financieras de los recursos de sus clientes, la inclusión del delito de lavado de dinero en su código penal, y el establecimiento de la Comisión Bancaria Federal, órgano responsable de prevenir y combatir el delito del lavado de dinero.

No obstante, la dependencia financiera de Suiza, le impide emprender acciones radicales en contra de este delito pues su economía podría verse afectada.¹⁴

1.1.6.4. Colombia

La economía colombiana se encuentra totalmente infiltrada por capitales producto del narcotráfico, por ello el lavado de dinero tiene un carácter

¹⁴ Cf/ Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI) The Arms Trade with the Third World Humanities Press Inc. Suecia, 1991, p 347

estructural. A pesar de esta situación, el gobierno colombiano promulgó en 1995 la denominada “Ley Anticorrupción”, la cual en su artículo 31, establece una sentencia de tres a ocho años de cárcel a “quien a sabiendas oculte, obtenga, transforme, invierta, transfiera, tome en custodia, transporte, administre o adquiera el producto, aparente la legitimidad o legitime la propiedad procedente de una actividad ilícita”.¹⁵

Esta ley también toma en cuenta los agravantes del delito de lavado de dinero como el secuestro, la extorsión, el cambio de divisas, las transacciones comerciales extranjeras y la introducción de mercancías a través de la aduana colombiana.

1.1.6.5. España

El lavado de dinero en España proviene principalmente de las operaciones del narcotráfico, debido a su posición geográfica, este país desempeña la función de enlace entre los países compradores de Europa y América (Alemania, Francia, Estados Unidos) y los países proveedores de África y Asia. Como distribuidores, los narcotraficantes españoles obtienen ganancias de alrededor de 1 000 millones de dólares anuales, los cuales deben ser lavados para ser reutilizados.

¹⁵ Ley Anticorrupción Cit en Nando Lefort, Victor Manuel *Op Cit* p 27

Por esta razón en 1991, España tipificó el delito del lavado de dinero en el artículo 344 bis de su código penal, que a la letra dice:

“1. El que convirtiese o transfiriese bienes a sabiendas de que los mismos proceden de alguno o de algunos de los delitos expresados en el artículo anterior o realice un acto de participación en tales delitos con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tales delitos a eludir la consecuencia jurídica de sus acciones será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a 100 millones de pesetas”.

“2. Con las mismas penas será castigado el que ocultare o encubriere la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento de propiedad reales de bienes o derechos relativos a los mismos a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores o de una acto de participación en los mismos”.

“3. Si los hechos se realizasen por negligencia o ignorancia inexcusable la pena será de arresto mayor en su grado máximo y multa de uno a cincuenta millones de pesetas”.

1.1.6.6. Argentina

A partir de 1989, el gobierno argentino implementó acciones para evitar el lavado de dinero, estas acciones son la promulgación de la “Ley 23 737”, del “Decreto 1849/90” y del “Decreto 1148/91”. Estas acciones son la consecuencia de las informaciones obtenidas por el gobierno en relación con la realización de actividades ilícitas como el narcotráfico y el tráfico de armas en su territorio.

Argentina no es un país productor de estupefacientes; sin embargo, en los últimos años ha asumido la función de procesar y distribuir la cocaína de Bolivia y Perú: Según los especialistas, "la cocaína que llega a Europa pasa por los países del "cono sur", cuyos intercambios comerciales con el viejo continente son tradicionales, destacándose los que lleva a cabo con Argentina".¹⁶

Asimismo se ha comprobado la realización de operaciones con recursos de procedencia ilícita en los círculos financieros argentinos.

La "Ley 23 737", sanciona a quien "sin haber tomado parte ni cooperado en las actividades del narcotráfico, intervenga en la inversión, venta, pignoración, transferencia, o cesión de las ganancias o bienes provenientes de dichas actividades ilícitas o del beneficio económico obtenido del mencionado delito siempre que hubiere conocido ese origen o hubiere sospechado".¹⁷

Por su parte el "Decreto 1849/90" describe al lavado de dinero como un delito fiscal y penal, por lo que establece una pena de dos a diez años de prisión para los culpables así como una multa. Este decreto también ordena la creación de la "Comisión Mixta de Control de las Operaciones Financieras Relacionadas con el Lavado de Dinero".

¹⁶ Labrouse, Alain La droga, el dinero y las armas, Siglo XIX Editores, México 1993 p 404

¹⁷ Ley 23 737 Cit en Nando Lefort, Víctor Manuel Op Cit p 26

Finalmente, el "Decreto 1148/91", determina que los bienes decomisados, el producto de su venta, así como las multas del lavado de dinero se utilizarán para la lucha contra el narcotráfico

1.2. Ámbito nacional

En México, el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita fue tipificado en el artículo 115 *bis* del Código Fiscal Federal, en 1991, por ello antes de esta fecha no es posible hablar acerca de la existencia de dicho delito. No obstante, es posible detectar las actividades propiciatorias de este delito a lo largo de la historia de nuestro país, tal como se expone a continuación.

1.2.1. Época precolombina

En el periodo precolombino es difícil hallar antecedentes de negocios ilícitos debido a la rígida organización social de los pueblos precortesianos, el comercio estaba a cargo de una clase cerrada, la de los *pochtecas* quienes tenían deberes y obligaciones bien definidas dentro de la estructura social. Los *pochtecas* estaban bajo la protección directa del *tlacatecuhtli*, el máximo poder administrativo del imperio azteca.

Asimismo, el sistema impositivo estaba basado en el *tributo*, el cual estaba respaldado con el poderío militar de los grandes señoríos: "el poderío económico azteca provenía, más que de sus propias tierras, de los tributos que pagaban los pueblos sojuzgados y que hacían afluir a Tenochtitlán los productos de las costas y de las sierras. La ciudad era importante centro industrial y comercial, lugar de

partida y de reunión de las caravanas de *pochtecas* que llegaban a todos los confines de Mesoamérica".¹⁸

Por otra parte, los pueblos precolombinos fabricaban sus propias armas, las cuales no tenían una gran tecnología, por lo que sus características eran similares en toda la zona mesoamericana, de ahí la falta de un tráfico ilegal de armas.

1.2.2. Época colonial

Contrabando

Según el historiador Guillermo Céspedes, el contrabando estuvo presente en la economía de la Nueva España desde su fundación en 1521, "debido al natural deseo de marineros y comerciantes extranjeros de participar en los beneficios de una nueva ruta comercial [el contrabando fue un medio empleado] por los países europeos que habían quedado al margen de la conquista de tierras americanas en el siglo XVI".¹⁹

Desde su aparición, el contrabando fue declarado *ilegal* por la Corona Española debido a sus consecuencias en la administración de las colonias,

¹⁸ Alvarez, José Rogelio. Enciclopedia de México. Tomo: Amaga-Campeche Ed. Compañía Editora de Enciclopedias de México, S A; de C.V. p. 751.

¹⁹ Céspedes, Guillermo. América Latina colonial hasta 1650. Ed. Secretaría de Educación Pública (SEP) México, 1986 p 170

principalmente en lo relativo a la pérdida del monopolio de los productos manufacturados en Europa, los cuales solo podían ser comercializados en las colonias a través de la Corona. Esta declaración constituyó un antecedente importante en la legislación sobre el tema del contrabando.

En el periodo colonial, el contrabando se desarrolló en relación con dos tipos de *productos*: esclavos y manufacturas. El comercio de esclavos era legal cuando el comerciante poseía una licencia real para importar a las colonias americanas una cantidad determinada de esclavos africanos; sin embargo, con el afán de aumentar sus ganancias, los comerciantes empezaron a violar los términos de las licencias, utilizando diferentes estrategias como falsificación de licencias, soborno de autoridades, y viajes ilegales, todas ellas encaminadas a aumentar el flujo de esclavos. La ruta del contrabando de esclavos fue África-El Caribe-Nueva España, esta ruta fue recorrida por traficantes castellanos, flamencos, franceses e ingleses entre los años 1532 y 1640.

El contrabando de manufacturas fue desarrollado por mercaderes europeos quienes introducían a la Nueva España mercancías como telas, ropa, muebles, aperos de labranza, etc.

Ante esta situación la Corona Española implementó "una política de intensificación del monopolio oficial: el tráfico entre Buenos Aires y Brasil fue

prohibido en 1618; el tráfico entre Acapulco y Manila se limitó drásticamente desde 1597; la navegación entre México y Perú se redujo desde 1604 y se prohibió desde 1631 (...) en un esfuerzo total por preservar los intereses del monopolio del rey [también] se decretaron confiscaciones y multas para el contrabando español.²⁰ Estas medidas constituyen la primera reglamentación acerca del contrabando en México.

Tráfico de armas

En México, el fenómeno del tráfico de armas siempre ha estado vinculado a causas políticas, el origen de este fenómeno puede ubicarse a fines del periodo colonial cuando los criollos optaron por la lucha militar como método para terminar con el dominio español. En este periodo, el principal proveedor de armas era Inglaterra, país a donde acudían los principales insurgentes para abastecerse de armas, las que introducían al país principalmente a través de la vía marítima. Era común que los desembarcos de armas se realizaran en puertos pequeños para evadir la inspección de la aduana de los puertos mayores como los de Veracruz, Salina Cruz, etc.

Entre los insurgentes que practicaron el tráfico de armas es posible citar a Fray Servando Teresa de Mier, Francisco Mina, etc.

²⁰ *ibidem* p. 172

1.2.3. Época independiente

Contrabando

Después de obtener su independencia, uno de los objetivos principales de la nueva nación era desarrollar su economía; en este sentido, se dictaron medidas proteccionistas como la libre exportación de los productos mexicanos al extranjero y la restricción de la importación de productos extranjeros al país.

No obstante, a pesar de estas medidas, la producción nacional no podía competir con la extranjera debido a que “la mala calidad de los productos manufacturados por los artesanos mexicanos, así como la falta de poder de compra de la población en general, hacían que la reducida demanda nacional prefiriera los productos extranjeros que, al internarse ilegalmente, se adquirían en el país a precios más bajos que los nacionales”.²¹

En 1827, el gobierno elaboró un listado con los aranceles de los productos de importación para limitar el contrabando; el listado también señalaba los productos considerados de “*ilícito comercio*”. Este listado puede considerarse como una de las primeras medidas fiscales para evitar el contrabando.

²¹ Flores Caballero, Romeo “Etapas del desarrollo industrial”. En: Flores Caballero, Romeo, *et al* La economía mexicana en la época de Juárez. Ed. Secretaría de Educación Pública (SEP) México, 1982. p 110.

Entre los productos de “*ilícito comercio*” se encontraban jabón, aceites, loza, vajillas de cristal, papel, hilados y tejidos de lana, seda y algodón, etc.

En la época independiente, el tráfico de mercancías ilícitas seguía realizándose por tierra y por mar; sin embargo, los traficantes empezaron a utilizar métodos para encubrir sus operaciones, como hacer pasar las mercancías de contrabando como producción nacional: “[Se imponían multas] a los empresarios que pretendían engañar al gobierno, mediante la importación, distribución y venta de artículos extranjeros prohibidos, los cuales colocaban en el mercado como productos de sus industrias”.²²

Así, en esta época, el contrabando era el resultado de las siguientes causas:

- El atraso de la organización industrial del país
- La pobreza de la mayoría de la población
- La implementación de políticas comerciales inadecuadas
- La incapacidad para vigilar los puntos de entrada de las mercancía ilegales

²² *Ibidem* p 113

El contrabando mantuvo estas características hasta finales del siglo XIX; así, en 1886, estaba comprobado que algunas de las compañías más importantes estaban relacionadas con el contrabando.

“La casa Boisselier y Compañía, representa ochenta mil pesos; su gerente, Enrique Liuss, tiene fama de contrabandista, y a la sombra de su giro mercantil y de una fábrica de jabón, otra de jamón y un molino de harinas, hace gran negocio haciendo pasar como salidos de sus almacenes, y de consiguiente como del país, artículos americanos de esa especie mediante una cantidad que se hace pagar como retribución, o haciendo la venta por su propia cuenta de aquellos efectos extranjeros como del país”.²³

En esta cita aparecen algunos de los elementos del moderno delito de lavado de dinero como la inversión en negocios con un alto volumen de ventas, en este caso almacenes, para obtener una ganancia basada en el aumento del número de productos ingresados.

Tráfico de armas

Debido a la inestabilidad política del país, el tráfico de armas continuó como un negocio altamente rentable en el periodo comprendido desde 1810 hasta 1877, fecha del inicio del régimen porfirista. En este periodo la lucha por el poder

²³ Valadéz, Jose Carlos El porfirismo: historia de un régimen. Tomo II: El crecimiento I. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) México, 1987, p. 224.

político conducía inevitablemente a enfrentamientos militares entre facciones, las cuales se abastecían de armas por medios ilícitos.

En esta época, Inglaterra mantenía el dominio del tráfico de armas; sin embargo, los Estados Unidos comenzaron a convertirse en el principal proveedor de armas del mercado mexicano, debido a factores como su ubicación geográfica, su tecnología bélica, etc. Ya en la década de 1860, los Estados Unidos podían comercializar rifles y minas, altamente estimados por permitir "ataques rápidos y precisos a largas distancias".²⁴

Debido al carácter ilegal del tráfico de armas, no se poseen datos fidedignos acerca del monto de las operaciones realizadas durante esta época; sin embargo, se obtiene una idea aproximada al considerar que durante este periodo se realizaron más de 120 levantamientos militares de importancia.

El férreo control del régimen porfirista logró reducir el tráfico de armas en el territorio nacional durante los primeros años de su gobierno; sin embargo, al aumentar la oposición hacia este régimen, las armas empezaron a fluir desde los Estados Unidos, entre los principales compradores pueden citarse a todos los caudillos de la Revolución Mexicana como Francisco I. Madero, los hermanos Flores Magón, Emiliano Zapata, Francisco Villa, etc.

²⁴ Moyano Pahissa, Angela; Velasco, Jesús y Suárez Arguello, Ana Rosa. EUA: Síntesis de su historia. Tomo I. Coed.: Instituto Mora/Alianza Editorial Mexicana. México, 1988 p 470

No obstante, en México el tráfico de armas como actividad lucrativa es de reciente aparición, puede afirmarse que este empezó después de la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de la saturación del mercado de armas mundial, de la demanda de armas en Latinoamérica para diversos usos (narcotráfico, mafia, luchas de liberación nacional, etc.), de la urbanización de la sociedad mexicana, etc.

1.2.4. El siglo veinte

Actualmente, la sociedad mexicana enfrenta graves problemas de delincuencia, narcotráfico y corrupción, los cuales se han agudizado por la formación de organizaciones criminales armadas las que entre sus operaciones practican el tráfico de armas.

Mención aparte merecen los movimientos guerrilleros de esta década como los del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y del Ejército Popular Revolucionario (EPR), los cuales también obtienen su armamento de forma ilegal.

Narcotráfico

En México, el fenómeno del narcotráfico surgió durante la Segunda Guerra Mundial, este conflicto afectó el abasto de heroína de los Estados Unidos, por lo

cual el cultivo de amapola se intensificó en varias regiones de Sinaloa, especialmente en Badiraguato, estos cultivos eran legales e incluso el gobierno mexicano cobraba un impuesto a los campesinos que cultivaban amapola, como a cualquier otro producto agrícola. El cultivo de la amapola era rentable pues con una inversión similar a la de otros cultivos, los campesinos obtenían una ganancia mayor.

En la década de los sesenta, la minería, una de las principales actividades económicas del norte del país entró en crisis, esto condujo a los mineros y sus familias a trabajar como jornaleros en los cultivos de amapola y mariguana. Así cuatro factores explican el auge del cultivo de la amapola en el periodo comprendido entre 1940 y 1970:

- La demanda de heroína del mercado estadounidense
- La legalidad del cultivo de amapola
- La rentabilidad de los cultivos de amapola
- El desempleo

Todavía a principios del decenio de los 70's la producción de amapola y mariguana se concentraba en la Sierra de Sinaloa o en el denominado *Cuadrilátero de Oro*, la zona de la Sierra Madre Occidental comprendida entre las zonas limítrofes de los estados de Durango, Sonora, Chihuahua y Sinaloa.

En la década de los setenta, el gobierno prohibió el cultivo de la amapola y la marihuana en el territorio nacional; en 1978, para hacer efectiva dicha prohibición, el gobierno implementó la *Operación Cóndor*, la cual produjo la diseminación del cultivo de la amapola y la marihuana hacia zonas menos vigiladas como Jalisco, Baja California, Michoacán, Guerrero, Oaxaca y Chiapas:

“Toda esta expansión del cultivo y tráfico de psicotrópicos fue coordinada por el grupo conocido como *Cártel de Guadalajara*, encabezado por el narcotraficante Miguel Félix Gallardo, y sus socios Ernesto Fonseca y Rafael Caro Quintero, quienes hasta ese momento mantenían el control monopólico de la siembra en gran escala y el tráfico de marihuana”.²⁵

A principios de la década de los 80's, los Estados Unidos impulsaron el combate jurídico-político contra el narcotráfico, a través de la *doctrina de la guerra contra la droga*, expuesta en febrero de 1982 por el presidente norteamericano Ronald Reagan. Esta doctrina se sustenta en la tesis de que si se reduce la oferta entonces se reducirá el consumo; es decir, los culpables del fenómeno del narcotráfico son los países productores no los países consumidores; lo cual tiene un trasfondo político, pues generalmente los países productores son países de

²⁵ Perdomo, Rafael. “El narcotráfico en México”. En la revista *Memoria* México, 13 de agosto de 1996 p 32.

bajo desarrollo económico como los asiáticos y los latinoamericanos. Las primeras acciones derivadas de esta doctrina se desarrollaron en contra de los países productores del Medio Oriente, lo cual tuvo como consecuencia un aumento en la demanda de la amapola y la marihuana mexicanas.

A partir de la segunda mitad de esa década, la amapola y la marihuana mexicanas empezaron a perder mercado frente a la cocaína sudamericana; así, México sustituyó su papel de principal productor de estupefacientes de los Estados Unidos por el de principal distribuidor, pues a partir de 1984 con el desmantelamiento por parte de la DEA de la ruta Colombia-Bahamas-Estados Unidos, México se convirtió en una zona de libre tránsito de la droga sudamericana, principalmente colombiana:

"Según la información disponible, en 1984 los representantes de los cárteles de Guadalajara y de Medellín efectuaron una reunión en la población de Altata, en esta reunión los *capos* trazaron el recorrido de la droga en nuestro país: la nueva ruta mexicana. Con ello se levantó un poderoso imperio gobernado por las familias que a través de generaciones controlaban el negocio".²⁶

Hasta 1989, fecha de la aprehensión de Miguel Félix Gallardo por la Procuraduría General de la República (PGR), el *Cártel de Guadalajara* era el más poderoso debido a su vasta red de contactos en los círculos económicos y

²⁶ *ibidem* p 33

políticos más importantes del país, estos contactos incluían a funcionarios de corporaciones policiacas, de partidos políticos, e incluso del gabinete del presidente Miguel de la Madrid Hurtado.

No obstante, el *Cártel de Guadalajara* compartía el mercado de estupefacientes con otras organizaciones como el *Cártel de Matamoros* encabezado por Juan N. Guerra, también detenido por la PGR en 1989. A estos cárteles los sucedieron las organizaciones de narcotráfico del *Güero Palma*, los hermanos Arellano Félix, el *Cártel del Golfo*, etc.

Al *Cártel del Golfo* se le relaciona directamente con el ex-asesor presidencial José Córdoba Montoya; no existen datos precisos sobre las ganancias de este cártel; sin embargo, es uno de los más productivos debido a que controla la ruta del pacífico, una de las más lucrativas del país. El *Cártel del Golfo* realiza operaciones con el grupo empresarial de Cabal Peniche, por lo que no se descarta que estas operaciones constituyan *lavado de dinero*, debido a que en los círculos financieros es donde se recicla el dinero del narcotráfico:

“La operaciones financieras se encuentran constituidas por empréstitos, las emisiones de bonos y obligaciones, los negocios a interés, los descuentos, la compraventa de valores mobiliarios, otras transacciones semejantes, y en general, todas las relacionadas con las finanzas públicas y privadas”.²⁷

²⁷ Urbina Nandayapa, Arturo. Los delitos fiscales en México. Vol. 5. Paraísos fiscales y lavado de dinero Ed. Sistemas de Información Contable y Administrativa Computanzados S.A. de C.V.

Para contrarrestar los efectos del narcotráfico en la economía del país, el gobierno mexicano ha implementado una serie de políticas sexenales orientadas hacia la prohibición, la represión y la erradicación del narcotráfico; sin embargo, hasta el momento estas políticas aún no han logrado resultados palpables.

1.2.5. Código penal

Como se mencionó al principio de este párrafo, el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita no se configuró como tal hasta la década de los noventa, específicamente en el código penal se introdujo hasta el 13 de mayo de 1996. No obstante, los códigos penales de 1871, 1929 y 1931 si hacen referencia a delitos como los delitos a la salud; el enriquecimiento ilícito de funcionarios; la falsificación y alteración de moneda; y la falsificación de billetes de banco, títulos al portador y documentos de crédito público. Delitos actualmente relacionados con el delito del lavado de dinero. Sin embargo, es el Código Penal de 1931, en donde se tipifican con mayor precisión estos delitos.

1.2.5.1. Código penal de 1931

El Código Penal de 1931, se refiere a los delitos contra la salud en los artículos, en el Título Séptimo, artículos 193 a 199; el artículo 193 define a las drogas enervantes de la siguiente forma:

“Artículo 193: Para los efectos de las disposiciones contenidas en este capítulo, se consideran drogas enervantes las que determinen el Código sanitario de los estados Unidos mexicanos, los reglamentos y demás disposiciones vigentes o que en lo sucesivo se expidan por el Departamento de Salubridad”.

Por su parte el artículo 194, establece las sanciones a las que se hacen acreedores las personas que realicen cualquier acto de adquisición, suministro o tráfico de droga; incluidas la elaboración, compra, y posesión de enervantes, así como la siembra, cultivo y comercio de semillas y plantas enervantes. El artículo 195, se refiere a la sanción por el uso de locales como farmacias, boticas, y droguerías para el tráfico de enervantes.

Sin embargo, es el artículo 197 el que se relaciona más directamente con el lavado de dinero, pues se refiere a la importación y exportación ilegal de droga, fenómeno que debió ser común en esa época como para que haya sido considerado en el Código:

“Artículo 197: Al que importe o exporte ilegalmente drogas enervantes o sustancias de las señaladas en este capítulo, se le impondrá una pena de seis a diez años de prisión y multa de cincuenta a diez mil pesos, sin perjuicio de aplicarle en su caso la inhabilitación a que se refiere el artículo anterior”

El Título Decimotercero, Capítulo I, artículos 234 a 237 se refiere a la falsificación y alteración de moneda. Específicamente, el artículo 235 tipifica el delito de falsificación o alteración de moneda cuando se cometen algunos de los siguientes actos:

- a) Falsificación de moneda
- b) Expedición de moneda falsa
- c) Alteración de moneda extranjera legítima
- d) Uso de moneda falsa
- e) Alteración de moneda nacional legítima
- f) Fabricación de moneda falsa

Asimismo establece las sanciones a las que están sujetos los individuos a quienes se les sorprenda cometiendo alguno o algunos de estos actos.

Finalmente, los artículos 238 a 240, Capítulo II, Título Decimotercero del código citado se describe y sanciona al delito de falsificación de billetes de banco, títulos al portador, y documentos de crédito público.

1.2.6. Código fiscal

El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita se tipificó en el artículo 115-*bis* del Código Penal en 1991, este artículo establece que:

“Artículo 115-*bis*: Se sancionará con pena de tres a nueve años de prisión a quien a sabiendas de que una suma de dinero o bienes de cualquier naturaleza provienen o representan el producto de alguna actividad ilícita”

En el siguiente capítulo se analizará con profundidad el contenido de este artículo.

CAPÍTULO II: ELEMENTOS DE LA DESCRIPCIÓN LEGISLATIVA

Los elementos del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita se enumeran de forma explícita en el artículo 400 bis, título vigésimo tercero, del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia de fuero federal:

“Se impondrán de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días de multa *al que por sí o por interpósita persona* realice cualquiera de las siguientes *conductas*: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del *territorio* nacional, de este hacia el extranjero o a la inversa, *recursos, derechos o bienes* de cualquier naturaleza, con *conocimiento* de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes *propósitos*: ocultar o pretender ocultar, encubrir, o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita (...)”²⁸

Así, los elementos de la descripción legislativa de dicho delito son: sujeto, conducta, territorio, objeto, conocimiento y propósito, mismos que se analizarán atentamente a continuación.

2.1. Conductas previstas en el tipo

Antes de iniciar la exposición de las conductas previstas en el tipo, es necesario explicar brevemente el sentido del término *conducta*, este proviene del

²⁸ Díaz de León, Marco Antonio. Código Penal Federal con Comentarios. Ed. Porrúa México, 1977 p. 685

latín *conducta*, que significa *conducir, guiar*. En el artículo citado, la conducta se refiere a una acción realizada por un individuo; sin embargo, el término tiene un sentido más amplio, en el que la acción sólo es la consecuencia de las causas que la condicionaron.

En este sentido, la conducta es el comportamiento concreto de un individuo como resultado de factores internos y externos tales como los rasgos de la personalidad, las variables demográficas (sexo, edad, nivel socioeconómico), las normas sociales, etc. Así, la conducta está formada por los siguientes elementos: a) *acción* b) *objetivos* c) *contexto* y d) *tiempo*.²⁹

En el derecho penal, la palabra conducta “es una expresión de carácter genérico significativa de que toda figura típica contiene un comportamiento humano [la palabra conducta refleja] el sentido y el fin en que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder llegar a afirmar que integra un comportamiento típico (...) en la expresión “conducta” entendida como modo o forma de manifestarse el externo comportamiento típico, quedan comprendidas tanto las formas positivas [acciones] como las negativas inactividad, inercia o inacción en las que el hombre manifiesta externamente su voluntad”.³⁰

²⁹ Cf. Papalia, E. Diane. y Wendkos Olds, Sally. Desarrollo humano. Ed. Mc Graw-Hill. México, 1990. pp 132 y ss.

³⁰ Jiménez Huerta, Mariano Derecho penal mexicano. Tomo I: Introducción a las figuras típicas Ed Porrúa México. 1977 p. 35.

La conducta es un elemento objetivo del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita debido a que en el artículo 400 bis del Código Penal se describe a la conducta como el componente principal del tipo.

Como establece el párrafo primero del artículo 400 bis del Código Penal, las conductas que constituyen delito son adquirir, enajenar, administrar, custodiar, cambiar, depositar, dar en garantía, invertir, transportar y transferir recursos, derechos o bienes procedentes de una actividad ilícita. En los párrafos siguientes se expondrá el significado de cada una de estas *conductas típicas*.

2.1.1. Adquirir

Según el Diccionario Jurídico Mexicano, "la adquisición significa en términos generales la incorporación de una cosa o un derecho a la esfera patrimonial de una persona".³¹ Dicha incorporación se puede realizar a través de un acto jurídico, de una operación financiera, etc.

Los elementos de la adquisición son: el *adquiriente*, el *objeto* y el *título*; el *adquiriente* es el sujeto a quien pasa la propiedad del objeto; el *objeto* son los

³¹ Diccionario Jurídico Mexicano Coed. Instituto de Investigaciones Jurídicas/ Editorial Porrúa Mexico, 1989 p 105

recursos, los bienes, o los derechos adquiridos; y el *título* es el documento legal en donde se asienta la adquisición.

En el caso específico del artículo 400 bis, “adquirir es hacerse dueño, cambiar o conseguir los recursos, derechos o bienes con conocimiento de su procedencia ilícita, aunque, como lo indica el tipo, con el fin en este caso de *encubrir la propiedad de aquellos*”.³²

2.1.2. Enajenar

Enajenar es “transmitir el dominio de una cosa o el derecho sobre ella, transferir la propiedad de alguno de los bienes señalados en este párrafo primero [del artículo 400 bis] para los mismos fines que señala el tipo, lo cual puede hacerse de manera gratuita o mediante una contraprestación”.³³

2.1.3. Administrar

Jurídicamente, la administración está formada por las acciones dirigidas a incrementar el rendimiento de bienes ajenos. Estas acciones son de dos tipos: materiales o jurídicas; las acciones materiales buscan preservar los bienes, mientras que las acciones jurídicas buscan aumentarlos a través de operaciones como la inversión, el arrendamiento, etc.

³² Díaz de León, Marco Antonio *Op cit.*, p. 685.

³³ *Ibidem.* p. 685.

El administrador es una persona física o moral que representa al *comitente* en las acciones administrativas, por ello adquiere cierto poder sobre lo administrado; sin embargo, el administrador tiene la responsabilidad de ofrecer informes periódicos al *comitente* sobre su administración.

De acuerdo con su origen, la administración puede ser contractual, cuasi contractual, legal o judicial. En la administración contractual, el administrador obtiene poder a través de un contrato civil; en la administración legal, a través del parentesco, la tutoría, o un puesto de administración pública; y en la administración judicial por medio de una designación judicial.

2.1.4. Custodiar

El término custodiar proviene del latín *curare*, es decir cuidar; el derecho romano, utilizó este término para referirse a la acción de cuidar una cosa ajena para evitar la pérdida, el robo o el uso por terceros.

2.1.5. Cambiar

La palabra cambiar se refiere a la acción de dar o tomar una cosa por otra. En el artículo citado, la palabra cambiar alude a la acción realizada en los negocios jurídicos y en los contratos bilaterales. La acción de cambiar puede

realizarse de distintas formas, las más utilizadas en el delito de lavado de dinero son el cambio manual y el cambio trayecticio.

El cambio manual se refiere al trueque de una moneda por otra, realizado en instituciones financieras, como casas de cambio, bancos, etc. Como se expuso en el capítulo anterior, el cambio de moneda es una de las estrategias utilizadas para blanquear el dinero, de ahí la importancia de incluir esta acción como conducta típica del delito estudiado.

El cambio trayecticio consiste en la emisión y recepción de dinero en distintas plazas financieras. La emisión consiste en la apertura y transferencia de crédito, letras de cambio, giros, etc., en beneficio de otra persona, ubicada en un lugar distante. La recepción consiste en el cobro de los documentos financieros, por el beneficiario.

2.1.6. Depositar

Depositar significa entregar ciertos objetos a una persona o institución para que ésta los guarde temporal o permanentemente. La entrega de los objetos se realiza de depósitos, éstos constituyen contratos reales, debido a que las partes (depositante y depositario) conciertan de común acuerdo la entrega y la devolución de los objetos. Existen dos tipos básicos de depósitos a) depósito regular y b) depósito irregular.

En el depósito regular, la entrega de los objetos del depositante al depositario, no supone el cambio de propiedad de estos, por lo que el depositario debe conservar los objetos en el mismo estado en que los recibió y devolverlos cuando el depositante los solicite. Según el Código Civil son objetos de este tipo de depósito tanto bienes muebles como inmuebles. En este tipo de depósito destaca el mercantil, el cual se define como el contrato en virtud del cual una de las partes, llamada depositante, entrega a la otra, llamada depositario, algún bien, quedando obligado a devolver tal bien u otro equivalente, cuando el bien entregado es objeto de comercio o bien cuando el contrato se celebra a consecuencia de una operación mercantil.

Por otra parte, en el depósito irregular, los objetos del depositante pasan a ser propiedad del depositario, tal es el caso del depósito bancario, uno de los recursos más utilizados en el lavado de dinero, existen cuatro clases de depósitos bancarios:

1. Depósito bancario regular de dinero
2. Depósito bancario regular de títulos
3. Depósito bancario irregular de dinero
4. Depósito bancario irregular de títulos

Para los fines de este trabajo, el depósito bancario más importante es el *depósito irregular de dinero*, puesto que en este el banco "adquiere la propiedad del dinero - sea moneda nacional o extranjera - y queda obligado a restituir la

suma depositada en la misma especie”³⁴. El depósito irregular de dinero puede ser a la vista, a plazo y con preaviso; el depósito a la vista es el más usado en el lavado de dinero debido a que es el más flexible: “el depositante tiene derecho a hacer libremente remesas en efectivo para abono de su cuenta y a disponer, total o parcialmente de la suma depositada, mediante cheques girados a cargo del depositario”. (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Artículo 269).

2.1.7. Dar en garantía

Una forma de lavado de dinero se da cuando, para la obtención de un bien o un servicio, se depositan como prenda recursos, bienes o derechos cuya procedencia sea ilícita. Se denomina dar en garantía, pues mediante estos recursos, bienes, etc. se garantiza o asegura que sí se remunerará el costo total del bien o servicio adquirido. Los recursos ilícitos, al otorgarse como garantía, ingresan en la circulación legal.

2.1.8. Invertir

El término invertir, procede del ámbito financiero; consiste en la aportación de capital para la realización de una actividad productiva. En la inversión intervienen los siguientes elementos: a) inversionista; b) objeto de la inversión;

³⁴ Diccionario Jurídico Mexicano Op cit. p 105

c) capital; y d) proyecto. El inversionista es el sujeto que aporta el capital, puede ser una persona física o moral. El objeto es la actividad en la que se invierte, puede ser de distinta naturaleza (comercio, servicios, producción, etc.) El capital son los recursos que se invierten; puede consistir en dinero, instrumentos, maquinaria, insumos, etc. Y el proyecto consiste en las expectativas del inversionista, respecto a su inversión.

Existen dos tipos básicos de inversión: económica y financiera. La inversión económica consiste en la participación de capital, en los niveles económico, productivo y técnico. La inversión financiera se lleva a cabo mediante la colocación de capital en el mercado financiero, mediante la compra y depósito de valores (bonos, acciones, certificados, títulos, etc.) en instituciones bancarias; puede definirse a la inversión financiera como simples transacciones entre particulares.

Otros tipos de inversión son la directa, la indirecta, la de cartera, la extranjera, etc.; todos estos tipos de inversiones se utilizan para realizar operaciones de lavado de dinero.

2.1.9. Transportar o transferir

En este caso, transportar consiste en desplazar físicamente de un lugar a otro los recursos procedentes de actividades ilícitas para reintegrarlos a la circulación; el transporte se realiza a través de agentes (personas o empresas) que aparentemente desarrollan una actividad lucrativa que justifica el transporte de grandes cantidades de dinero en efectivo como la venta, promoción, o distribución de bienes y servicios. El transporte de recursos de procedencia ilícita se realiza a través de los sistemas general o limitado.³⁵

El sistema general consiste en el uso de una red de agentes individuales que transportan pequeñas cantidades de dinero, así el volumen del dinero lavado depende del número de agentes utilizados; una desventaja de este sistema lo constituye la nula comunicación entre el agente y el enlace en el proceso de transporte. Por otra parte, el sistema limitado, utiliza agentes corporativos como empresas, comercios, organizaciones, etc.; asimismo determina con exactitud las zonas propicias para el transporte.

La transportación es un proceso de desplazamiento físico que implica el uso de vehículos, la firma de convenios y contratos, la negociación de acuerdos, de inversiones, etc.

El transporte de recursos de procedencia ilícita se realiza a través de los medios tradicionales de transportación: terrestres (ferrocarril, autobús, automóvil,

³⁵ Documento, "Paraisos fiscales" Dirección internet <http://uniset.School/html>

etc.); fluviales (lancha, transbordador, etc.); marítimos (lancha, barco, etc.); y aéreos (avioneta, helicóptero, avión, etc.).

La transferencia consiste en movilizar de un lugar a otro los recursos a través de un "conjunto de organizaciones e individuos que toma en propiedad o facilitan la transferencia de propiedad de los recursos, así como su movimiento de un agente a otro. Además de la transferencia de propiedad las empresas del canal de distribución realizan simultáneamente transferencias físicas, de derechos, de pagos, y de información que constituyen la base de sus operaciones."³⁶

La transportación y la transferencia de recursos de procedencia ilícita se realiza en tres ámbitos, dentro del territorio nacional, del territorio nacional al extranjero, y del extranjero al territorio nacional como se explicará en el párrafo siguiente.

2.2. Espacio territorial previsto en el tipo

El párrafo primero del artículo 400 bis del Código Penal establece como uno de los elementos del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita al *territorio*. El territorio es -junto a la población y al gobierno- uno de los

³⁶ Documento. "Paraisos fiscales" Dirección internet: <http://uniset.School/html>.

componentes básicos del Estado. El territorio es la extensión geográfica en donde un Estado ejerce su soberanía.

Emilio Rabasa, afirma que "el territorio de un Estado lo forman, además de la capa terrestre donde se encuentra localizado su pueblo, el subsuelo, ciertas extensiones marítimas y el espacio aéreo, sobre las que también ejerce su soberanía".³⁷

En el mismo sentido, Rafael Márquez Piñero define al territorio como: "toda porción del espacio y conjunto de cosas sobre las que se extiende el poder del imperio de un Estado. Éste es no sólo un mero concepto geográfico, sino que se amplía al territorio jurídico, que no lo constituye únicamente el territorio nacional, sino todo el territorio de la soberanía del Estado."³⁸

Las leyes de un Estado rigen dentro de su territorio, esto es especialmente cierto en el caso de las leyes penales, por ello se afirma que las leyes penales son territoriales, es decir que se aplican a los delitos cometidos dentro del territorio de un Estado independientemente de que el infractor sea un ciudadano o un extranjero.

³⁷ Rabasa, Emilio. O y Caballero, Gloria. Mexicano, esta es tu Constitución. Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa México. 1996 pp 164-165.

³⁸ Márquez Piñero, Rafael. Derecho Penal Parte General. Ed Tllas, México. 1997, p 106

Rafael Márquez Piñero, señala que el elemento territorio posee un sentido positivo y otro negativo; el sentido positivo consiste en que la ley penal se aplica a todos los habitantes o residentes del territorio de un Estado; mientras que el sentido negativo consiste en que la ley penal no puede aplicarse fuera del territorio de dicho Estado, excepto cuando la ley tenga carácter extraterritorial

En los Estados Unidos Mexicanos, la ley penal se aplica a todos los delitos cometidos dentro del territorio, según lo indica el artículo 1° del Código Penal:

“Artículo 1. Este código se aplicará en el Distrito Federal, por los delitos de la competencia de los tribunales comunes; y en toda la República, por los delitos de la competencia de los tribunales federales”. (Código Penal, Artículo 1)

Por ello, el artículo 400 bis del Código Penal establece que las conductas previstas en el tipo que se cometan dentro del territorio nacional serán penalizadas de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días de multa. No obstante, debido a la importancia internacional del delito del lavado de dinero, el artículo 400 bis también penaliza las conductas que teniendo como base el territorio nacional se realicen en el extranjero y aquellas que teniendo como base el extranjero se realicen en el territorio nacional.

2.2.1. Dentro del territorio nacional

El artículo 42, capítulo II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, describe al territorio nacional en los siguientes términos:

“Artículo 42: El territorio nacional comprende:

- I. El de las partes integrantes de la federación
- II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;
- III. El de las Islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico;
- IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;
- V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional y las marítimas interiores, y
- VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional”.³⁹

Como establece el artículo 43 de la citada ley, las partes integrantes del territorio nacional son los 31 estados de la república y el Distrito Federal.

Jiménez de Asúa también incluye dentro del territorio nacional los territorios diplomáticos y consulares, los buques y las aeronaves del Estado; los territorios diplomáticos y consulares son las porciones de suelo en donde se asientan las representaciones legales del Estado en otros países.

2.2.2. Del territorio nacional al extranjero

Según el jurista, Marco Antonio Díaz de León, este es un elemento descriptivo que “señala circunstancia de lugar estableciendo que las conductas

³⁹ Rabasa, Emilio O y Caballero, Glona *Op cit* p. 164

se realicen dentro del territorio nacional pero con destino al extranjero”.⁴⁰ Es decir que las conductas se realicen en el territorio nacional pero produzcan sus efectos en el extranjero.

2.2.3. Del extranjero al territorio nacional

Por oposición, el territorio extranjero es el espacio geográfico donde no rige la autoridad del Estado que dicta la ley; sin embargo, debido a la naturaleza del delito de operaciones con recursos provenientes de actividades ilícitas, el artículo 400 bis del Código Penal contempla la posibilidad de aplicar la ley a las personas que desde el extranjero realicen conductas con consecuencias en el territorio nacional.

2.3. Objetos sobre los que recae la conducta previstos en el tipo

El derecho define al objeto material del delito como aquello “sobre lo que debe recaer la acción del agente según la descripción legal respectiva (...) aquello que la descripción legal respectiva tiene como tal (...). Objeto material del delito puede ser tanto una persona como una cosa (...). Si es una cosa, puede la

⁴⁰ Díaz de León, Marco Antonio *Op cit* p 686

acción delictiva consistir en crearla, (...) en destruirla (...) en introducirla en el territorio del Estado (...) en desplazarla (...)"⁴¹

En este sentido, el artículo 400 bis del Código Penal, considera como objetos materiales del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita a los recursos, los derechos y los bienes de cualquier naturaleza.

2.3.1. Recursos

En el medio financiero se denomina recursos a los medios económicos con los cuales se realizan operaciones tales como la inversión, la compra, la venta, la transacción, el depósito, la garantía, etc.

2.3.2. Derechos

La palabra derechos tiene distintas acepciones en el ámbito jurídico; sin embargo, en el caso estudiado se refiere a la participación legal de los miembros de una sociedad mercantil. Estos derechos se clasifican básicamente en patrimoniales y corporativos o consecutivos.

Los derechos patrimoniales "son los que tienen contenido económico y se ejercen en interés particular y exclusivo de los socios frente a la sociedad".⁴² El

⁴¹ Bunster, Alvaro Artículo "Objeto del delito". En: Enciclopedia Jurídica Ormeza p. 2242

artículo 400 bis se refiere principalmente a los derechos patrimoniales, los cuales a su vez se dividen en principales y accesorios, los primeros comprenden los derechos de dividendo, de cuota de liquidación, y aportación limitada; mientras que los segundos comprenden la obtención de los títulos de las acciones, canje de acciones, cesión de las acciones, y obtención de acciones de goce.

El lavado de dinero recurre al ejercicio de los derechos patrimoniales accesorios para realizar el ilícito, debido a que consisten en el traslado de derechos que suponen ciertas sumas de capital de un sujeto a otro.

Por otra parte, los derechos consecutivos “no tienen un contenido económico y son simplemente instrumentos que la ley o los estatutos conceden a los accionistas para que mediante la utilización de los mismos puedan garantizar la consecución de los derechos de carácter patrimonial”,⁴³ Por ello no son de relevancia para el delito estudiado.

2.3.3. Bienes de cualquier naturaleza

Etimológicamente, la palabra *bien* deriva del latín *borum*, que significa dicha o bienestar; por ello, en la antigüedad se llamaba bienes a las cosas que servían, ayudaban y procuraban felicidad a los hombres. Actualmente, la palabra

⁴² Rodríguez Rodríguez, Joaquín, Curso de derecho mercantil, Tomo I, Ed. Porrúa, México, 1957, pp 103-104

⁴³ *Ibidem* p. 104

bien designa a "todo aquello que es susceptible de apropiación en beneficio de una persona o una colectividad o todo lo que es un elemento de fortuna. Los bienes así entendidos forman el activo de un patrimonio. Los bienes comprenden las cosas más disímbolas: casas, tierras, derechos, patentes, derechos de autor, etc."⁴⁴

Así, los bienes son cosas útiles susceptible des ser apropiadas por los hombres, los bienes se clasifican en:

- a) corporales e incorporales
- b) muebles e inmuebles
- c) privados y públicos

Los bienes corporales son cosas mientras que los bienes incorporales son derechos. Los bienes muebles pueden ser de cuatro tipos: cosas, obligaciones, derechos y acciones; las cosas son objetos capaces de trasladarse de un lugar a otro; las obligaciones son responsabilidades; los derechos pueden ser personales, sobre cosas muebles, o sobre autoría; y las acciones son documentos financieros de asociaciones y sociedades.

Los bienes inmuebles son las cosas que no pueden ser trasladadas; a este respecto, el artículo 750 del Código Civil clasifica como bienes inmuebles a los siguientes:

⁴⁴ Ibarrola, Antonio de. Cosas y sucesiones. Ed Pomía México, 1991. p. 81.

***Artículo 750. Son bienes inmuebles:**

- I. El suelo y las construcciones adheridas a él;
- II. Las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos a la tierra, y los frutos pendientes de los mismos árboles y plantas, mientras no sean separados de ellos por cosechas o cortes regulares;
- III. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro del mismo inmueble o del objeto a él adherido;
- IV. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de ornamentación, colocados en edificios o heredados por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo.
- V. Los palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de un modo permanente;
- VI. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca, directa o exclusivamente a la industria o explotación de la misma;
- VII. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse, y las semillas necesarias para el cultivo de la finca;
- VIII. Los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño de éstos, salvo convenio en contrario;
- IX. Los manantiales, estanques, aljibes y corrientes de agua, así como los acueductos y las cañerías de cualquier especie que sirvan para conducir los líquidos o gases a una finca o para extraerlos de ella;
- X. Los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería, así como las

- bestias de trabajo indispensables para el cultivo de la finca, mientras están destinadas a ese objeto,
- XI. Los diques y construcciones que, aún cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa.
- XII. Los derechos reales sobre inmuebles;
- XIII. Las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radiotelegráficas fijas.” (Código Civil, artículo 750).

Los bienes privados son las cosas propiedad de los particulares. Finalmente, los bienes públicos son las cosas que pertenecen a la Federación, a los estados o a los municipios.

2.4. Conocimiento de la ilicitud de los recursos, derechos o bienes

Es el conocimiento de la existencia de recursos, derechos o bienes, producto de una actividad ilícita. El conocimiento del origen ilícito de estos bienes puede referirse a un delito ya cometido, o bien, a uno que se pretenda cometer en un futuro.

Este conocimiento se constituye en ilícito, debido a que la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos establece que cualquier persona, al momento de tener conocimiento de un ilícito tiene la obligación de hacer la acusación o la denuncia. La razón de esto se debe a que el Ministerio Público, para iniciar la

persecución de un delito, es decir para integrar la averiguación previa, requiere de una acusación o querrela o de una denuncia. Estos objetivos no se refieren únicamente al caso del lavado de dinero, sino se deben integrar para todos los delitos.

2.4.1. Conocimiento de que proceden del producto de una actividad ilícita

El artículo 400 bis del Código Penal establece una diferenciación entre *proceder* y *representar* el producto de una actividad ilícita. En este caso, el verbo *proceder* se refiere a la fuente donde se originaron los recursos, los derechos o los bienes independientemente de que esta siga funcionando o no.

2.4.2. Conocimiento de que representen el producto de una actividad ilícita

Por otra parte, el verbo *representar* indica que los recursos, los derechos y los bienes constituyen el producto de una actividad ilícita que continúa realizándose.

2.5. Objetivos de la conducta previstos en el tipo

2.5.1. Ocultar

La palabra ocultar se refiere a la acción y efecto de esconder, lo cual es una conducta humana y, por consiguiente, pertenece al derecho. La acción de ocultar, desde el punto de vista conceptual, incluye distintos modos y perspectivas, pero integrativamente se refiere al encubrimiento o disimulación de algo, esto es, "disfrazar la verdad, callar lo que se debiera decir",⁴⁵ o sea impedir que algo (persona, cosa, acción) se manifieste.

El sujeto tiene la obligación de exhibir, con el fin de que el comportamiento pueda ponderarse para el Derecho. Al ser la norma el trasfondo de la conducta, se inserta dentro del esquema del orden jurídico, trascendiendo al titular del derecho subjetivo, con el fin de asegurar la estructura del orden. Cuando la conducta de ocultamiento se produce, vulnera al orden jurídico.

Existen diversos tipos de ocultamiento; sin embargo, en el delito de lavado de dinero destaca el del ocultamiento de bienes, el cual consiste en la acción de esconder o encubrir bienes. El ocultamiento de bienes incide en los diversos órdenes que conforman al Derecho, tanto en la esfera privada como en la pública. El Derecho, al velar por el bien jurídico propiedad, específicamente en el caso de la propiedad de bienes, realiza su tutela mediante la tipificación, "al accionar antijurídico, convirtiéndolo, por ese hecho, en figura autónoma del ilícito."⁴⁶ Por lo tanto, la ocultación de bienes constituye la figura típica del ilícito; cabe recordar

⁴⁵ Vanos Enciclopedia jurídica Orbeba T. XX Ed. Bibliográfica Orbeba. Buenos Aires, S. A. p. 912.

⁴⁶ *Ibidem* p. 913

que la actividad ilícita se concreta en silenciar o encubrir lo que debe decirse, o sacar a la luz pública.

La figura descrita es autónoma, es decir tiene funcionalidad propia y es típica, al describir la conducta ilícita que observa el comportamiento referido; dicho comportamiento es siempre atribuible a un sujeto. La ocultación de bienes tiene sus incidencias de acuerdo con el lugar en donde esté legislada o reconocida,. Los efectos de tales incidencias se relacionan con la rama jurídica de que se trate, en este caso, con el delito de lavado de dinero.

2.5.2. Pretender ocultar

El término pretender ocultar hace referencia a la tentativa de realizar el comportamiento descrito en el párrafo anterior sin que este se lleve a cabo por el descubrimiento de esta tentativa.

2.5.3. Encubrir

Esta palabra alude a la acción de ocultar algo cuando se tiene conocimiento de ello, es una "expresión genérica que comprende tanto las conductas de prestar ayuda a los delincuentes para eludir la acción de la justicia

o aprovecharse de las acciones del delito (favorecimiento), como el beneficiarse el encubridor por sí mismo de los requeridos efectos (receptación)".⁴⁷

Así, existen dos tipos de encubrimiento: el favorecimiento y la receptación; el favorecimiento se divide a su vez en personal y real; el primero consiste en el auxilio que se presta al delincuente para que eluda la acción de la justicia; mientras que el segundo se refiere a la ayuda que se presta al infractor para que aproveche los frutos del delito.

El encubrimiento es un delito que incide negativamente sobre la administración de justicia. El encubrimiento se distingue de la participación criminal, en que se presta una ayuda al autor de un delito, sin que haya de por medio una promesa o una concertación anterior.

De este modo el encubrimiento es un delito autónomo, que requiere la existencia previa de un delito, tanto consumado como en tentativa. El delito consumado o tentado es aquel que precede al encubrimiento. Los sujetos activos en el encubrimiento pueden ser tanto el sujeto activo como la víctima del delito encubierto, al igual que terceros ajenos al delito.

El sujeto activo no puede ser acusado de autoencubrimiento, pues por lo común el delincuente trata de eludir la acción de la justicia. Por su parte, la

⁴⁷ Mascareñas, Carlos E Nueva enciclopedia jurídica Ed. Francisco Seix S A. Madrid, 1956 p. 448.

víctima -si bien tiene la facultad de realizar o no la denuncia del ilícito que la ha perjudicado- tiene la obligación de hacer la denuncia y, en caso de omitirla, incurre en encubrimiento.

Se puede encubrir tanto al autor como al cómplice de otro delito y, a su vez, el encubrimiento puede ser encubierto. En lo tocante al encubrimiento de delitos prescritos, "cuando la justicia no tiene derecho a reprimir al autor de un delito, tampoco puede invocar derecho alguno para perseguir a quien ayudó a aquél, que ha merecido el beneficio de la prescripción, puesto que de lo contrario, habiendo cesado el daño inmediato, la pena sería impolítica y, por consiguiente, injusta (...)." ⁴⁸

Quien realiza el encubrimiento se denomina encubridor, es decir "los que conociendo el delito con posterioridad a su ejecución, intervienen para asegurar los efectos del mismo, ocultan o favorecen la fuga de los culpables para lograr su impunidad".⁴⁹

El Artículo 400 del Código Penal establece en los siguientes términos las penas a las que se hacen acreedores quienes realicen el delito de encubrimiento:

"Artículo 400; Se aplicará prisión de tres meses a tres años, y de 15 a 60 días de multa, al que:

⁴⁸ *Ibidem* p 227

⁴⁹ Sánchez Tejjenna, Derecho Penal. Ed Abelardo Perrot Buenos Aires. 1950. p 353.

- I Con ánimo de lucro, después de la ejecución del delito y sin haber participado en este, adquiera, reciba u oculte el producto de aquel, a sabiendas de esta circunstancia (...)
- II Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;
- III. Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;
- IV. Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y
- V. No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo. (...)” (Código penal, Artículo 400.)

2.5.4. Impedir conocer el origen

Cuando en el caso de un delito, las personas que tengan conocimiento del mismo, ocultan las condiciones en que éste se produjo, quiénes participaron en el mismo, etc., se da el impedimento a conocer el origen. En el caso del lavado de dinero, se impide conocer el origen cuando se oculta la procedencia de estos recursos.

2.5.5. Impedir conocer la localización

Impedir conocer la localización: Similar al caso anterior, el impedir conocer la localización se refiere a la obstaculización para impedir conocer tanto la fuente

de los recursos ilícitos, como los lugares de donde tales recursos proceden, o los sitios en donde se ubican los responsables de las operaciones ilegales.

2.5.6. Impedir conocer el destino

Impedir conocer el destino es la obstrucción para evitar el conocimiento del lugar a donde llegan finalmente los recursos, derechos, o bienes procedentes de una actividad ilícita; esto sucede cuando se hace uso de múltiples puntos intermedios entre el origen y el destino de estos objetos, la finalidad de estos puntos intermedios es impedir conocer la trayectoria de los recursos, derechos o bienes de procedencia ilícita.

2.5.7. Impedir conocer la propiedad de dichos recursos

Se refiere a la obstaculización de las investigaciones, o al desvío de información, con respecto a quién posee los recursos ilícitos, quién es su dueño. Un elemento importante de este impedimento son los *prestanombres*, es decir, las personas que permiten que su nombre quede registrado en las actas de propiedad de los bienes de procedencia ilícita. Así, los *prestanombres* son dueños de derecho, en tanto los dueños de hecho son quienes aportan el capital ilegal.

2.5.8. Impedir conocer la propiedad de dichos derechos

Como en el caso anterior, este objetivo consiste en obstruir el conocimiento de la propiedad de los derechos de incierta procedencia, esto se logra a través de operaciones comerciales, bancarias o financieras.

2.5.9. Impedir conocer la propiedad de dichos bienes

Cuando se obtiene un bien o propiedad, mediante recursos ilícitos, con la compra se adquieren derechos sobre lo adquirido. Estos derechos son obtenidos, *independientemente de la procedencia de los recursos con que se adquirió el bien*. Los elementos principales de este punto son los recursos, los derechos y los bienes, que van interrelacionados.

2.5.10. Alentar alguna actividad ilícita

Es la exhortación, la promoción o el apoyo para que los sujetos (personas, empleados, funcionarios) realicen las conductas descritas en el parágrafo 2.1. Esta exhortación, promoción o apoyo puede ser otorgado por personas que no participen directamente en los ilícitos relacionados con el lavado de dinero.

2.6. Sujetos previstos en el tipo

Para que se lleve a cabo cualquier ilícito, se requiere de uno o más sujetos. Cuando se les penalice, se tomará en cuenta la conducta seguida para realizar la

actividad ilegal, tanto por un hacer como por un no hacer o abstenerse, lo cual configura a los delitos de acción o de omisión, o a los de comisión por omisión.

2.6.1. Cualquier persona

La palabra *persona* proviene del latín *persona, personae*, que significa máscara, personaje o carácter; en la actualidad constituye un concepto básico del derecho, en donde designa al sujeto de los deberes y de los derechos jurídicos. Existen dos tipos de sujetos: las personas físicas y las personas morales.

Las personas físicas tienen una existencia real, determinada por sus cualidades biológicas, intelectuales y morales; la persona es receptora de las disposiciones legislativas como sujeto y no como objeto. Para Ignacio Galindo Garfias "el concepto de persona física, es el de *ser humano*, al cual no puede negarse su integridad vital, corpórea y espiritual, independiente de su situación, de su condición particular, de su capacidad mental, etc.; todas esas circunstancias no influyen para modificar o alterar la calidad de persona que tienen los seres humanos."⁵⁰

Las personas físicas poseen voluntad, es decir, dignidad, libertad, decisión y responsabilidad sobre sus acciones. La voluntad hace consciente a la persona sobre la existencia de los deberes morales, sociales y jurídicos. El derecho sólo

⁵⁰ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Ed Porrúa. México. 1993, p 304

se ocupa de la voluntad cuando ésta produce efectos jurídicos. Para el derecho, la voluntad se compone de esquemas de conducta, contemplados en la norma y aplicables a todos los individuos. En el contexto jurídico, la persona es un concepto técnico que abarca todas las acciones humanas que el derecho debe proteger por medio del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, las personas morales también son sujetos de derechos y obligaciones. Las personas morales son organismos que legalmente poseen capacidad, patrimonio, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad.

Como se expuso en el capítulo anterior, en el delito de operaciones con recursos procedentes de actividades ilícitas pueden intervenir tanto personas físicas como morales, de ahí que el artículo 400 bis del Código Penal contemple ambas bajo la figura de *cualquier persona*.

2.6.2. Empleados del sistema financiero que presten ayuda o auxilio para la comisión del delito

Como en el caso del delito de fraude, uno de los responsables en la comisión del ilícito es el empleado de una institución financiera, quien participa en la acción ilegal. Dado que el lavado de dinero puede realizarse, entre otras formas, por medio de operaciones financieras, en las instituciones que las llevan

a cabo participan del ilícito tanto funcionarios como empleados, por lo que se hace necesario delimitar la acción penal, de acuerdo con las responsabilidades. En este caso cabe considerar si los empleados realizaban las operaciones de lavado de dinero a sabiendas, o sin saberlo; en todo caso, habrán realizado una conducta ilícita, de donde se derivan las diversas formas del delito, leves graves, dolosas, culposas, etc.

Cuando los empleados se inmiscuyen a sabiendas en el ilícito, en este caso el lavado de dinero, pueden argumentar que lo hicieron siguiendo órdenes de sus superiores jerárquicos. Cuando el empleado no sabía que la operación era ilícita, tiene una menor responsabilidad, debido a que lo hizo sin que participara su voluntad (involuntariamente).

2.6.3. Funcionarios del sistema financiero que presten ayuda o auxilio para la comisión del delito

Cuando se llevan a cabo acciones ilícitas como el lavado de dinero, por parte de los servidores de las instituciones bancarias, tanto empleados como funcionarios. Es importante recalcar que los funcionarios se responsabilizan del funcionamiento de áreas grandes, al interior de las instituciones. Las actividades de dichas áreas son tantas, que deben ser realizadas por distintos subalternos o empleados.

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

Debido a que el lavado de dinero implica recursos procedentes de ilícitos, como narcotráfico, tráfico de armas, etc., en este delito quedan implicadas aquellas personas que estén inmiscuidas en el mismo. De ahí se derivan los otros delitos (encubrimiento y demás), de ahí también se deriva el grado de pena, la sanción, dependiendo de la participación: el que encubre, el que realiza y el que planea. Se habla de autores intelectuales, de autores materiales. Del grado de participación dependerá la penalización.

CAPÍTULO III: TEORÍA GENERAL DEL DELITO

3.1. El comportamiento humano

Para la filosofía el comportamiento es "toda respuesta de un organismo viviente a un estímulo cualquiera; el comportamiento es 1) objetivamente observable a través de un medio cualquiera y 2) uniforme (...) o sea constituye la reacción habitual y constante del organismo a una situación determinada."⁵¹

El comportamiento es distinto a la acción, la actitud y la conducta debido a que, a diferencia de estas, considera al sujeto como una unidad, es decir toma en cuenta su voluntad, su razón y su actividad. El comportamiento está formado por elementos que pueden ser comprobados a través de los sentidos.

El comportamiento humano se basa en tres elementos básicos: la personalidad, el aprendizaje y la experiencia. La personalidad puede definirse como una: "estructura integrada por todas las características cognoscitivas, afectivas, volitivas y físicas de un individuo tal como se manifiesta a diferencia de otros".⁵² Las características cognoscitivas son la percepción, la reflexión, etc.; las afectivas, la emoción; las volitivas, la voluntad; y las físicas el sexo, la edad y el estado civil.

⁵¹ Abbagnano, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1980. p. 187.

⁵² Papalia E, Diane y Wendkos, Sally. *Human Development*. Ed. Mac Graw Hill, Inc. USA, 1991. p. 10.

El comportamiento también está determinado por los valores, las actitudes y las normas sociales a los que están sujetos los individuos desde su nacimiento debido a su vida en comunidad. La sociedad establece normas, valores y actitudes los cuales son heredados generacionalmente a través de sus estructuras sociales (familia, clase, etc.). Los valores son conceptos que constituyen la guía de la conducta social de los individuos; estos conceptos son: la libertad, el respeto, la honradez, la igualdad, la obediencia, etc. Los valores, son un componente fundamental para la comprensión del comportamiento humano.

Por otra parte, el aprendizaje puede ser definido como "el proceso mediante el cual se adquiere información por medio de la experiencia y se convierte en parte del almacenamiento de hechos en la memoria del organismo".⁵³ Mientras que la experiencia consiste en la adquisición de conocimientos a través de la vivencia directa de una situación determinada, conocimientos que pueden ser aplicados a situaciones distintas de la original.

3.1.1. Formas de comportamiento

En el Derecho Penal, se consideran dos tipos de comportamiento: la acción y la omisión; la acción es un comportamiento de carácter positivo pues supone la actividad de un sujeto; mientras que la omisión es un comportamiento de tipo

⁵³ Forgas, Ronald H. y Melamed E. Lawrence. Perception: a conoscitive -stage approach. McGraw-Hill Inc. Nueva York, EUA. 1990. p. 11.

negativo pues supone la pasividad o inactividad del sujeto; en los puntos siguientes se expone ampliamente cada una de estas formas de comportamiento.

3.1.1.1. Acción

Desde un punto de vista fenomenológico, el acto o acción humana se fundamenta en relaciones entre procesos causales. La acción surge a partir de un movimiento corporal; este proceso provoca un efecto o modificación en el mundo exterior. De esta forma, entre la acción y el efecto existe una relación de causa-efecto, por lo que a este proceso puede considerársele causal.

Si bien la acción humana debe obedecer a la propia voluntad humana, esta voluntariedad tan sólo se refiere al movimiento corporal que provoca un efecto o resultado material; únicamente se da una relación causal entre el movimiento corporal voluntario y el resultado material. Así, el movimiento corporal voluntario resulta "un proceso causal 'ciego', es decir, en donde no interesa el sentido o fin de la acción."⁵⁴

Por su parte, la voluntad posee dos caracteres: a) el interno, es decir su contenido, y b) el externo, su manifestación o exteriorización. Dentro de la teoría causalista, el estudio del acto o acción se centra en la fase externa, pues la

⁵⁴ Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Teoría del delito. Sistemas causalista y finalista. Ed. Porrúa México, 1998; p. 10.

interna corresponde a un nivel diferente: el de la culpabilidad. En este nivel se analiza el dolo o la culpa, como determinantes del contenido de la voluntad.

Para la teoría causalista, en el ámbito de la acción se estudia lo relativo a la manifestación de la voluntad. Dentro de esta óptica, la acción no está teñida por la finalidad perseguida o por el valor jurídico, sino que la acción es un factor de tipo naturalístico, una causa que induce un resultado material. Los subelementos que componen a la acción son:

- *Manifestación de la voluntad.* Se da ya sea mediante un movimiento corporal voluntario, o a través de la inactividad (cuando se está frente a la omisión).
- *Resultado.* Es el cambio en el mundo exterior, ocasionado por la manifestación de la voluntad; o el no cambio, provocado por una acción esperada que, sin embargo, el sujeto no lleva a cabo.
- *Nexo causal.* Se da a raíz del acto, acción o conducta que el sujeto lleva a cabo, origina el resultado que la ley prevé, de modo que entre el acto y el resultado haya una relación causa-efecto.

Por su parte, la teoría finalista de la acción hace uso de los mismos conceptos considerados por la teoría causalista, esto es la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad y la punibilidad. Sin embargo, estos conceptos son manejados con un esquema distinto, y complementario a la teoría causalista, en la solución de problemas.

Desde la perspectiva de la teoría finalista, la acción humana consiste en el ejercicio de la actividad finalista, al considerarse la acción como un acontecimiento finalista, no únicamente causal.

La actividad finalista de la acción, o finalidad, tiene como fundamento el hecho de que “el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos.”⁵⁵

La causalidad no se dirige desde el objetivo, pues es más bien un resultado de los componentes causales que concurren en forma circunstancial. En tanto, la finalidad sí es un actuar que, en forma consciente, se dirige desde el objetivo.

3.1.1.2. Omisión

Como se esbozó en el punto anterior, la omisión se produce cuando no se lleva a cabo el movimiento corporal del cual se esperaba la producción de un cambio en el mundo exterior; por lo tanto, en la omisión se viola una norma imperativa (en tanto en la acción se viola una norma prohibitiva).

⁵⁵ *Ibidem.* p. 88

Un concepto relacionado con el de omisión es el de la inactividad, aunque se diferencia de esta última porque “en la primera no participa la voluntad y en la segunda se trata precisamente de un acto de voluntad.”⁵⁶ En efecto, la omisión carece de dos notas específicas de la acción: el hacer y el querer, esto es, la actividad y la voluntad propia de esa actividad.

En el caso de la omisión culposa u olvido, el individuo no hace por lo menos una sola representación del suceso o resultado que la Ley le apremia a evitar; en este caso, no es posible una voluntad en la no realización. La omisión por olvido parte de la noción de omisión, pues al no realizarse una determinada acción, no se encuentra el elemento psicológico de la voluntad en las omisiones debidas al olvido.

Para la teoría finalista, la omisión, o ausencia de acción, se presenta cuando no existen las fases en que se hace posible la acción; esto es, cuando el sujeto no ha planeado realizar un fin, no ha elegido los medios para consumarlo, o no ha tomado en cuenta los efectos concomitantes o fase interna.

Otras formas en que se presenta la omisión son cuando, una vez llevada a cabo la conducta, los efectos producidos no son los planeados, ni los efectos concomitantes corresponden a la acción; por el contrario, el resultado se da con base en un proceso causal, donde no hubo intervención de la finalidad.

⁵⁶ *Ibid.* p. 12

Entre los casos de ausencia de conducta, la teoría finalista acepta “a la fuerza física exterior irresistible (...), a los movimientos reflejos; a los estados de inconsciencia (sueño, sonambulismo, embriaguez letárgica, la hipnosis).”⁵⁷

3.1.1.2.1. Propia

En la omisión propia, el sujeto elude voluntariamente una conducta indicada por la ley penal. Este tipo de omisión está formada por dos elementos básicos: a) la pasividad y b) la voluntariedad. La pasividad se refiere a la falta de acción del sujeto, en este caso respecto a la acción prescrita en la ley. La voluntariedad al ejercicio de la capacidad de decisión del sujeto para determinar si realiza o no realiza dicha conducta.

La omisión propia violenta una norma imperativa de carácter dispositivo, en este caso se produce un resultado puramente jurídico, es decir sin efectos de tipo material.

3.1.1.2.2. Impropia

En la omisión impropia, el sujeto se abstiene de realizar una conducta establecida en la ley penal con la finalidad de obtener un resultado material, por ejemplo obtener el resultado dañoso del delito. Por ello se afirma que la omisión

⁵⁷ *ib* p. 95

impropia o comisión por omisión, viola tanto una norma imperativa como una prohibitiva.

Al respecto, el jurista Celestino Porte Petit afirma que: "existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no-hacer, voluntario o culposo (delito de olvido) violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva".⁵⁸

Para que un sujeto cometa una omisión impropia es necesario que exista una norma jurídica de orden imperativo en donde se establezca el deber de éste de actuar para evitar el resultado dañoso de un delito.

3.2. Elementos generales del delito

Para facilitar la exposición de los elementos generales del delito, es pertinente iniciar con la definición del concepto de delito. En el Derecho Penal, el concepto del delito tiene diversas acepciones. Así, Jiménez de Asúa lo define como "el acto típicamente *antijurídico, culpable*, sometido a veces a condiciones objetivas de *punibilidad, imputable* a un hombre y sometido a una *sanción penal*".⁵⁹

⁵⁸ Porte Petit, Celestino. Programa de la parte general del Derecho Penal. 1967. p. 170.

⁵⁹ Cit. en Cortés Ibarra, Miguel Ángel. Derecho Penal (Parte general). Cárdenas editor y distribuidor. Baja California, México. 1992. p. 129.

Por su parte, Celestino Port Petit, lo describe como “una *conducta típica, imputable, antijurídica, culpable*, que requiere a veces alguna condición objetiva de *punibilidad y punible*.”⁶⁰

Mientras que el Código Penal para el D.F en materia común y para toda la República en materia federal establece en el artículo 7 que:

“Artículo 7. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales (...).

El delito es:

- I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado sus *elementos constitutivos*;
- II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo;
- III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo se viola el mismo precepto legal”.
(Código Penal. Artículo 7.)

Estas definiciones incorporan como elementos generales del delito a los siguientes:

- a) Conducta
- b) Tipicidad
- c) Antijuricidad
- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Condiciones objetivas de punibilidad
- g) Punibilidad.⁶¹

⁶⁰ *Ibidem*. p.129.

⁶¹ *Ibid* p.136

Actualmente, la imputabilidad y la punibilidad no se consideran elementos generales del delito, sino componentes de dichos elementos; así, la imputabilidad se considera como un presupuesto de la culpabilidad, mientras que la punibilidad como un presupuesto de la antijuricidad.

La punibilidad es la "amenaza que el Estado hace de aplicar una pena al autor del ilícito penal. Un hecho será punible cuando, descrito abstractamente en la ley, se encuentra conminada su realización a la aplicación de una pena".⁶²

Para algunos juristas, la punibilidad es un elemento esencial de la norma penal, pues esta es un mandato o una prohibición dirigida a los sujetos para que realicen o no realicen una conducta, a sabiendas de que el incumplimiento conlleva una determinada sanción. Finalmente, las condiciones objetivas de la punibilidad son las circunstancias ajenas al sujeto necesarias para que la punibilidad sea puesta en práctica. Estas condiciones se clasifican en dos grupos:

- a) Condiciones para el ejercicio de la punibilidad existente.
- b) Condiciones contempladas en la descripción objetiva del delito.

En el punto 3.8.1. se precisa el significado de la punibilidad, como elemento subjetivo de la valoración de la culpabilidad.

⁶² *ib* p. 361.

3.3. El tipo penal

El tipo penal ha sido descrito como “el conjunto de las características de todo delito para diferenciarlo del *tipo específico* integrado por las notas especiales de una concreta figura de delito”.⁶³ El tipo penal constituye un patrón con las acciones esquemáticas que se reproducen en todo delito, así es posible aplicarlo a cualquier figura concreta de delito, a pesar de que ésta posea características específicas. En este sentido, el tipo penal ha sido descrito como una representación conceptual en la que se hace abstracción de las características básicas del delito.

La esencia del tipo penal está constituida por la conducta (acción u omisión) generalmente expresada a través de un verbo en participio; por ejemplo, en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita: adquirir, enajenar, administrar, custodiar, cambiar, depositar, dar en garantía, invertir, transportar y transferir. El tipo penal puede incluir valoraciones sobre la conducta descrita expresadas por medio de adjetivos calificativos (antisocial, indebido, etc.)

No obstante, además de la descripción de la conducta delictiva, el tipo penal también puede incorporar procesos, estados, y referencias ligadas a ésta, como la descripción de los resultados materiales de la conducta; la referencia a los sujetos infractores (persona en general, empleado, funcionario, etc.). la

⁶³ Pavón Vasconcelos Francisco Derecho penal mexicano Ed Porrúa México, 1994 p 287

referencia a los medios de comisión (engaño, coacción, uso de la violencia, etc.), la referencia al fin de la conducta (ocultar, encubrir, obstaculizar, alentar, etc.), y la referencia a particularidades de la conducta (emoción, violencia, premeditación, alevosía, traición, etc.).

Como lo expresa Mezger, el tipo concreta lo *injusto*, es decir al describir una conducta real, generaliza sus características, a fin de imponerle una pena, con lo que surge una ley: "el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal (...). El tipo señala lo injusto, cuando el hecho en sí no era anteriormente antijurídico, pero se convierte en tal al formularse el tipo".⁶⁴

La cita anterior, añade otro componente del tipo penal: la pena, la cual consiste en la sanción establecida en la norma o ley para evitar o castigar la comisión del delito. Puede consistir en la imposición de una multa o en la privación de la libertad por un periodo determinado, así en el delito estudiado se *impondrán de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días de multa a los sujetos infractores*. El tipo, junto a la norma, son elementos indispensables en la teoría del delito, aunque en tanto el tipo describe, la norma valora.

⁶⁴ Cít. en *Ibidem* p 294-295

3.4. Estructura del tipo penal

La estructura del tipo penal está compuesta por tres elementos: a) objetivos, b) subjetivos, y c) normativos, en este capítulo se explican brevemente estos elementos debido a que constituyen el tema de los capítulos cuarto y quinto de este trabajo.

3.4.1. Elementos objetivos

Los elementos objetivos del tipo penal son las acciones manifiestas del sujeto que constituyen el ilícito, estas acciones pueden ser comprobadas de forma concreta a través de los sentidos.

Para Francisco Pavón Vasconcelos, los elementos objetivos son *“aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal”*.⁶⁵

Los elementos objetivos son características específicas que constituyen modalidades de la conducta descrita en la ley penal, como: a) calidades referidas al sujeto activo, b) calidades referidas al sujeto pasivo, c) referencias temporales y espaciales, d) referencias a los medios de comisión, y e) referencias al objeto

⁶⁵ *Ibid.* p. 299.

material. En el capítulo cuarto se expondrá con mayor profundidad cada una de las modalidades anotadas.

3.4.2. Elementos subjetivos

Los elementos subjetivos del tipo penal consisten en los objetivos que el sujeto persigue al realizar las acciones manifiestas; estos objetivos otorgan a las acciones la relevancia típica para ser consideradas como delito.

Entre los juristas existe una controversia respecto a la ubicación de los elementos subjetivos en la antijuricidad o en la culpabilidad. Los que afirman que estos elementos pertenecen a la antijuricidad argumentan que los objetivos (fines, intenciones o propósitos) son los responsables de que una conducta sea considerada como contraria a la ley; mientras que los que afirman que éstos pertenecen a la culpabilidad afirman que los objetivos pueden considerarse como componentes de la culpa. Luis Jiménez de Asúa, zanjó dicha controversia, al clasificar a los elementos subjetivos de la siguiente forma:

- 1) Elementos que de modo indudable se refieren a la *culpabilidad*;
- 2) Elementos ambivalentes respecto a la *culpabilidad* y a lo *injusto*;
- 3) Elementos que al referirse al *fin* originan los *delitos de tendencia interna trascendente*;
- 4) Elementos que al referirse al *móvil* se ubican en la *culpabilidad*
- 5) Elementos de exclusiva referencia a lo *injusto*.⁶⁶

⁶⁶ Cf. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de derecho penal, tomo III. Ed. Losada. Buenos Aires, 1964: p. 719.

El párrafo primero del artículo 400 bis, del Código Penal para el D.F. en materia común y para toda la república en materia federal, enumera los elementos subjetivos del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita:

“(…)

con alguno de los siguientes *propósitos*: *ocultar o pretender ocultar, encubrir, o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita (...)*”. (Código Penal. Artículo 400 bis.)

3.4.3. Elementos normativos

Finalmente, los elementos normativos están compuestos por las valoraciones del magistrado acerca de los conceptos implicados en el ilícito: “los elementos normativos sólo se captan mediante un proceso intelectual, que nos conduce a la valoración del especial concepto”.⁶⁷

Las valoraciones del magistrado, pueden ser de dos tipos: a) jurídicas y b) extrajurídicas; las valoraciones jurídicas se realizan de acuerdo con el contenido *iuris* del elemento normativo; mientras que las valoraciones extrajurídicas se efectúan considerando elementos éticos, morales, sociales, culturales, etc.

Por otra parte, si lo que se busca es conocer si una conducta es contraria a la norma, esto constituye una “*función valorativa*”⁶⁸ correspondiente a la antijuricidad

⁶⁷ Cortes Ibarra, Miguel Angel. *Op. cit.* p. 130

⁶⁸ *Ibidem.* p.194.

de la conducta (véase el inciso 3.7.), y en consecuencia rebasa el marco de la tipicidad.

3.5. Tipicidad

La tipicidad “es la adecuación exacta y plena de la conducta al tipo. Afirmamos que la conducta es típica cuando se superpone o encuadra exactamente a la prevista. La tipicidad exige, para su conformación, un agotamiento exhaustivo de la conducta en concreto a la descrita abstracta e indeterminadamente en la Ley.”⁶⁹ Así, el tipo es la hipótesis jurídica mientras que la tipicidad es la comprobación de dicha hipótesis.

La tipicidad se desarrolla en dos ámbitos: uno estático y otro dinámico; en el ámbito estático, la tipicidad permite conocer la estructura formal de los tipos (elementos, clases, etc.); mientras que en el ámbito dinámico permite conocer el uso de los tipos en el Derecho Penal.

Como se expuso en la definición, el elemento esencial de la tipicidad es la concordancia del acto delictivo con el tipo, a esto se le llama *adecuación típica*, es decir “el proceso conceptual mediante el cual un concreto comportamiento encuadra dentro de un tipo penal determinado. [Es un] intento de encuadramiento típico que el intérprete debe realizar frente al caso concreto. En efecto, el objeto

⁶⁹ *Ibidem* p. 177.

de la interpretación de las normas penales no es otro que el de averiguar si una determinada conducta encaja o no dentro de un tipo legal".⁷⁰

La adecuación típica puede realizarse de manera directa o indirecta, en el primer caso, el comportamiento concreto se identifica inmediatamente con el tipo descrito en la ley; mientras que en el indirecto, el comportamiento concreto se relaciona con un elemento amplificador del tipo como la tentativa, la complicidad, etc.

La tipicidad es un elemento esencial del delito debido a que su ausencia impide la configuración del delito. En caso de que no haya una concordancia exacta entre el delito cometido y el tipo, habrá atipicidad, la cual se explicará en el siguiente apartado.

Es necesario separar la tipicidad de la culpabilidad, pues la tipicidad del acto no se refiere al dolo o a la culpa, que pertenecen al ámbito de la culpabilidad.

Para la teoría finalista, la acción u omisión están previstas en la ley; por lo tanto, el legislador no puede evitar tomar en cuenta el contenido de la voluntad, al estar tal voluntad permeada de finalidad. Por lo tanto, "este proceso de selección de acciones finalistas en derecho penal se denomina tipificación de acciones

⁷⁰ Reyes, Echandía, Alfonso La tipicidad Ed Universidad Externado de Colombia, Colombia 1981, p. 249

(final). Por eso el contenido de la voluntad (finalidad) forma parte ya de la acción típica. La finalidad se concreta en derecho penal en forma de dolo o de imprudencia y en forma activa u omisiva.”⁷¹

Por lo anterior, la acción y la tipicidad son conceptos estrechamente vinculados; sin embargo, al ser toda acción dolosa o culposa, su producción pertenece a la antijuricidad, es decir al injusto jurídico penal.

3.6. Atipicidad

La atipicidad constituye el aspecto negativo del tipo, se presenta cuando no existe alguno de los elementos del tipo. Por lo tanto, la atipicidad se produce cuando:

1. Falte el bien jurídico que se tutela.
2. Falte la calidad o número, en lo tocante a sujetos activos o pasivos exigidos por el tipo.
3. Falte la manifestación de voluntad.
4. No se presente el resultado previsto por el tipo.
5. No se produzca relación causal.
6. Falten los medios, formas o circunstancias que la ley prevé.
7. No se presenten las modalidades de tiempo, lugar u ocasión exigidas por el tipo.
8. Falte el objeto material.

⁷¹ Gómez Benítez, José Manuel. Teoría jurídica del delito. (Parte general) Ed. Civitas, Madrid, 1988; p. 70.

Las causas de atipicidad son:

1. La ausencia de algún elemento objetivo: número o calidad del sujeto activo; número o calidad del sujeto pasivo; el bien jurídico tutelado; la acción u omisión; el resultado típico en los delitos que requieren resultado; los elementos normativos; las circunstancias objetivas de agravación o atenuación que contenga el tipo.
2. La falta de alguno de los elementos subjetivos. Tanto por falta del dolo o de la culpa, como por la ausencia de otros elementos subjetivos diferentes del dolo. Los sistemas causalista y finalista coinciden casi en las mismas causas de atipicidad, por la ausencia de elementos objetivos. No obstante, el sistema finalista engloba la falta de dolo u otros elementos subjetivos diferentes. La razón de esto es que la teoría finalista considera al dolo y la culpa elementos subjetivos de acción típica.
3. El error de tipo. Se debe al desconocimiento o error, relativos a la existencia de los elementos objetivos del tipo de injusto. Aquí se excluye a la tipicidad dolosa; no obstante, "si el error es vencible, es decir, si el sujeto con la previsión o cuidado que se puede exigir a la generalidad, debió superar ese error, queda subsistente la culpa, más no el dolo."⁷²

3.7. Antijuricidad

En lo relativo a la antijuricidad, Luis Jiménez de Asúa escribió que "provisionalmente puede decirse que es lo contrario al Derecho. Por tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al derecho."⁷³

⁷² Orellana Wiarco, Octavio Alberto. *Op. cit.* p. 103.

⁷³ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de derecho penal, tomo III. Ed. Losada Buenos Aires, 1964; p. 958.

Como se desprende del párrafo anterior, este elemento del delito ha originado distintos problemas, como su confusión con el término injusto, así como con entuerto, ilegal o ilícito. Si bien los diversos autores no han llegado a un acuerdo sobre la distinción de la palabra antijuricidad, con respecto a los otros términos mencionados, todos ellos tienen en común que su contenido es contrario a la norma. Con todo, el término antijuricidad es el de mayor difusión y aceptación.

Al ser la antijuricidad un concepto negativo, su definición resulta dificultosa. "Por lo general, se señala como antijurídico lo que es contrario al derecho, pero aquí no puede entenderse lo contrario al derecho, lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado."⁷⁴

De este modo, el núcleo de la antijuricidad es un juicio de valor, en cuanto a la valoración de un acto que, esencialmente, contraria las normas o valores de la sociedad. También puede encontrarse su esencia en la protección de bienes jurídicos.

Para Sergio Vela Treviño, la antijuricidad es la consecuencia "del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contrariación (*sic*) existente

⁷⁴ Marquez Piñero, Rafael. Derecho penal, parte general Ed. Trillas México, 1986, p 193

entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado.”⁷⁵

La teoría finalista define a la antijuricidad como un juicio de valor objetivo, como un juicio de valor general. El término antijuricidad se refiere a la contradicción existente entre la acción llevada a cabo y los requerimientos del ordenamiento jurídico.

La antijuricidad “no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo.”⁷⁶

De acuerdo con la teoría finalista, aquella persona que actúa conformando su conducta al tipo, su actuación es, en principio, antijurídica; esto se explica porque en el finalismo la tipicidad indica antijuricidad.

3.7.1. Elementos de antijuricidad

Como se expuso en el párrafo anterior, la antijuricidad es una conducta contraria al Derecho; sin embargo, para que una conducta pueda ser calificada como tal debe reunir los siguientes elementos:

⁷⁵ Vela Treviño, Sergio Antijuricidad y justificación. Ed Tallas Mexico, 1990, p 130.

⁷⁶ Muñoz Conde, Francisco Teoría general del delito. Ed Temis, Colombia, 1990, p 93

- a) Que la conducta sea típica
- b) Que no existan causas de justificación

La conducta es típica cuando corresponde con la descripción de un tipo delictivo; por otra parte las causas de justificación son aquellas atenuantes de la conducta previstos en la ley como legítima defensa, estado de necesidad, ejecución de la ley, etc.

Las causas de justificación provocan la exclusión de la antijuricidad, esta puede ser formal o material, la exclusión formal es "la sola declaración de la ley para que se deba tener por constituida o desaparecida la ilicitud de un acto (...) es el fundamento que la ley debe tener para reconocer la concurrencia de una excluyente de antijuricidad. [La exclusión material se produce cuando] no exista el interés que se trata de amparar, o cuando concurren dos intereses, y el Derecho, no pudiendo salvar a los dos, opte por el más valioso y autorice el sacrificio del otro como el medio de su preservación".⁷⁷

3.8. Culpabilidad

Como se ha expresado anteriormente, el delito es la conducta o hecho típico, antijurídico, culpable y punible. De ahí que la culpabilidad sea un elemento constitutivo del delito, a grado tal que sin este elemento no sería concebible la existencia del delito.

⁷⁷ Villalobos, Ignacio. Dinámica del delito. Ed. Jus. México, 1955. p 35.

Más específicamente, la culpabilidad es “el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.”⁷⁸ De ahí que la culpabilidad comprende la imputabilidad, aunque en un sentido estricto la culpabilidad equivale a reprochabilidad, esto es la calidad de desvalor mediante el que el acto de voluntad se constituye en un acto culpable. Asimismo, como afirma Joaquín Cuello Contreras, la culpabilidad “exige un poder individual referido a la capacidad de evitar la lesión de la norma infringida.”⁷⁹

Bajo las anteriores consideraciones, la libertad de voluntad y la capacidad de imputación, esto es la imputabilidad, es un presupuesto de la culpabilidad, dado que el reproche implica libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad.

La culpabilidad es el fundamento y el límite de la pena, lo cual garantiza al individuo que ninguna pena podrá rebasar los límites de la culpabilidad. De ahí que la culpabilidad se vincule fuertemente con la teoría de la pena; ésta última es un modo de expiación.

3.8.1. Elementos de la culpabilidad

Existen dos tipos de elementos de la culpabilidad, los elementos subjetivos de la valoración y los elementos objetivos; los primeros están formados por la

⁷⁸ Jiménez de Asua, Luis. La ley y el delito, Ed. Temis, Colombia, 1984, p. 14

⁷⁹ Cuello Contreras, Joaquín. Culpabilidad e imprudencia, Coed. Ministerio de Justicia/Secretaría General Técnica, Madrid, 1990; p. 139.

imputabilidad, el conocimiento de la antijuricidad y la exigibilidad de otra conducta; los segundos por el dolo y la culpa.

La imputabilidad "hace referencia a propiedades (..) de tipo psicológico, que en el sujeto deben concurrir al momento de cometerse la infracción para tenerlo como sujeto apto o capaz de responder ante el Estado de su ilícito obrar".⁸⁰

La imputabilidad es la responsabilidad que el sujeto puede asumir sobre su conducta como consecuencia del gozo de todas sus capacidades psicológicas (salud mental, madurez, etc.). Se considera como presupuesto de la culpabilidad debido a que sólo es posible determinar culpabilidad (dolo y culpa) a un sujeto capaz de *entender, querer y responder* ante el Estado por la violación de las leyes penales.

El conocimiento de la antijuricidad se refiere a la comprensión del sujeto respecto a los resultados dañosos de su conducta; es decir, el sujeto posee la información suficiente que le permite decidir libremente si realiza o no la conducta, después de haber reflexionado sobre las consecuencias que esta puede ocasionar.

⁸⁰ Cortés Ibarra, Miguel Angel. *Op. cit* p. 251.

El artículo 400 bis del Código Penal para el D.F. en materia común, y para toda la República en materia federal hace referencia a este elemento en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita al especificar: " (...) *con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita* (...)".

La exigibilidad de otra conducta se refiere a la elección de una conducta ilícita cuando puede optarse por una conducta distinta compatible con la ley, esta constituye un elemento subjetivo de valoración porque de acuerdo con las circunstancias que rodean a la conducta, el que juzga considera que se pudo haber actuado de manera diferente.

Los elementos objetivos están formados por el dolo y la culpa; el dolo es la "primera forma de la culpabilidad (...) es la *conciencia de la antijuricidad*, conciencia de la violación del deber como una << relación personal entre el autor y el acto jurídico>>".⁸¹

El dolo es una manifestación directa de la culpabilidad debido a que el sujeto conoce previamente los resultados de su conducta; en el dolo, el sujeto actúa con el objetivo preciso de desdeñar a la ley.

⁸¹ Cuello Contreras, Joaquín. *Op. cit.* p. 151.

Por otra parte, la culpa consiste en "la producción de un resultado (típico y antijurídico) por falta de previsión del deber de conocer." La culpa se produce por la imprudencia del sujeto, es decir por no considerar atentamente las consecuencias de su conducta.

CAPÍTULO IV: ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO PENAL

4.1. La conducta

En capítulos anteriores se ha tratado, en forma más o menos extensa, a la conducta; por esa razón, en el presente punto se explicará someramente el mismo término, que a su vez equivale al de "comportamiento". Por lo tanto no únicamente incluye elementos activos, sino también comportamientos que han sido definidos desde el punto de vista normativo.

Como se había asentado, la conducta -junto a sus sujetos y a sus objetos- forma parte de los elementos estructurales del tipo; en este caso, se habla de conducta típica, que se integra de los dos elementos fundamentales de todo comportamiento, esto es la parte objetiva y la parte subjetiva.

La parte objetiva del tipo se refiere al aspecto externo de la conducta. En cambio, la parte subjetiva está compuesta por la voluntad, tanto consciente como sin la suficiente consciencia, y ocasionalmente por elementos subjetivos.

En cuanto a los sujetos de la conducta, como se abundará más adelante, son el sujeto activo (aquel que realiza el tipo, el sujeto pasivo (el beneficiario del

bien jurídico afectado por el sujeto activo) y el Estado (quien está obligado a reaccionar con una pena para el sujeto activo).

4.2. Lesión del bien jurídico

Se entiende por bien jurídico el objeto, persona, relación, idea, o sentimiento que protege la ley "por ser vitales para la colectividad y el individuo"⁸²; por lo tanto, la lesión del bien jurídico es la afectación de dicho bien, por alguien que no es reconocido por la ley para disponer del bien en cuestión.

La lesión del bien jurídico tiene como consecuencia la persecución penal de quien cometió dicha lesión, esto es, la persecución del sujeto activo (como se explicará adelante).

Según Víctor Manuel Nando Lefort, en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, la ley busca "tutelar como bien jurídico a la economía nacional, y en algunos casos, la economía de particulares, así como la administración de la justicia, que, en algunas ocasiones, se torna inequitativa y desigual ante la distorsión provocada por las conductas que tiene como fin primordial reciclar productos financieros ilícitos."⁸³

⁸² Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, T. II, Ed. Porrúa México, 1988; p. 2245.

⁸³ Nando Lefort, Víctor Manuel, El lavado de dinero, Nuevo problema para el campo jurídico Ed. Trillas, México, 1997; p. 43.

4.3. Forma de intervención

La intervención es la participación de una persona en la comisión de un delito; existen tres formas básicas de intervención: la autoría, la complicidad y el encubrimiento. En los tres casos las personas que los ejecutan son responsables de los delitos o faltas cometidos; no obstante, se diferencian en el grado de participación.

Se consideran como autores de un delito a las personas que efectúen cualquiera de los siguientes comportamientos:

- a) Participen de forma directa en la ejecución del delito.
- b) Induzcan directamente a otras personas a ejecutar el ilícito.
- c) Cooperen directamente en la ejecución del delito.

Se denominan cómplices a las personas que realicen un acto que contribuya a la perpetración del delito; este acto puede ser anterior, simultáneo o posterior a los actos del autor.

Finalmente, son encubridores quienes "con conocimiento de la realización del hecho punible, sin haber tenido participación en él como autores ni cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:

- 1° Auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta.
- 2° Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito o falta, para impedir su descubrimiento.
- 3° Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable."⁸⁴

4.4. Los sujetos

Para llevar a cabo la comisión de un delito, tanto por acción como por omisión, se requiere de un sujeto pues la conducta, para darse, precisa de un acto volitivo, esto es un acto de la voluntad. En el derecho actual sólo la persona humana es considerada sujeto, tanto activo como pasivo, como se explicará en los siguientes apartados.

4.4.1. El sujeto activo

Se considera como sujeto activo del delito a aquella persona que lo comete o participa en su realización; al sujeto activo también se le denomina ofensor o agente. Hay dos tipos de sujetos activos: el activo primario, o sea quien comete el delito; y el activo secundario esto es quien participa.

⁸⁴ Arroyo de las Heras, Alfonso. Manual de derecho penal. T. II. El delito. Ed. Aranzano, Pamplona, 1985; p. 716.

Si bien desde tiempos antiguos hasta principios del siglo veinte se llegó a considerar como sujetos activos del delito a animales que ocasionaban daños personales o sociales, para el derecho personal actual es únicamente la persona humana quien puede ser sujeto activo del ilícito, dado que sólo el ser humano actúa con voluntad y puede ser imputable, por lo cual la responsabilidad penal es una responsabilidad personal.

4.4.2. El sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito, también conocido como sujeto ofendido, paciente o inmediato, es “la persona que sufre directamente la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito”,⁸⁵ es decir, el titular del derecho o interés que lesionó o puso en peligro el delito.

Por lo general, el sujeto pasivo de la mayor parte de los delitos es la persona individual, quien es protegida durante su existencia por la tutela penal, mediante los preceptos que tipifican los delitos en las leyes penales. Sin embargo, no sólo a lo largo de su vida la persona individual es considerada sujeto pasivo, sino también desde antes de su nacimiento, como lo demuestra la tipificación del aborto como delito. Cuando sobreviene la muerte del individuo, deja de ser considerado sujeto pasivo de delito pues si bien sus despojos

⁸⁵ Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. Ed. Porrúa México, 1995; p. 229

mortales son tutelados penalmente, los ofendidos serán sus familiares y otras personas cercanas, e incluso la sociedad entera.

Además de las personas individuales, también son sujetos pasivos de delitos las personas jurídicas, en especial cuando los ilícitos afectan el patrimonio o la reputación y el honor. Otro sujeto pasivo de ciertas infracciones es el Estado, como aglutinación de los intereses de la sociedad toda, debido a la personalidad jurídica propia del Estado.

Si como se anotó en el punto anterior los animales han sido históricamente considerados como sujetos activos de delito, no han sido ni son considerados sujetos pasivos. Las leyes que los protegen prevén más que nada un castigo a la brutalidad ejecutada públicamente. Además, los animales son amparados jurídicamente debido al daño material o moral sufrido por sus dueños.

Es necesario hacer una distinción entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo del daño; este último es "el que sufre el perjuicio pecuniario o el daño moral originados por el delito."⁸⁶ Si por una parte los dos sujetos son coincidentes, no son idénticos.

4.5. Resultado

⁸⁶ *Ibidem* p. 230.

Para el derecho penal el resultado es el efecto diferenciable de una conducta, cuya descripción recoge la ley para considerarla delito y, por lo tanto, prohibirla.

En términos generales, la conducta humana es imperfecta, pues en ocasiones se presenta “un defecto físico o material que aparece como último tramo distinguible de una serie causal en cuyo extremo opuesto se halla la acción.”⁸⁷ No obstante, la ley no siempre considera un resultado con el fin de situar en la categoría de delito a la acción que lo provoca; en este caso el resultado obtiene una significación jurídica.

De un lado, la doctrina concibe al resultado desde la perspectiva naturalista, viéndolo como una modificación concreta del mundo externo, cuya causa natural es la conducta. La modificación o efecto se hace evidente a través de los sentidos, además de existir en el espacio y en el tiempo. Si por una parte el efecto natural puede darse tanto en el ámbito psíquico de la víctima, como en algunas ocasiones, en el del agente, también puede acontecer en el entorno social. Esta parte de la doctrina no toma en cuenta la significación jurídico-penal del resultado, al caracterizarlo.

La otra noción que tiene la doctrina con respecto al resultado, no prescinde del carácter tanto natural como social del resultado; no obstante, desde esta perspectiva no todas las modificaciones del mundo exterior provenientes de un

⁸⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Op. cit.* p. 2844.

movimiento del cuerpo humano, son del interés del derecho penal; esto se refiere a la delimitación de los tipos delictivos. De ahí que en la actualidad haya la orientación a ubicar el resultado, en forma sistemática, a la teoría del tipo, más que a la de la acción. Debido a lo anterior, es posible distinguir entre dos tipos:

1. Los de acción o conducta. Aquí basta la conducta del agente para llenar el tipo, sin importar los efectos de esta conducta.
2. Los de resultado. Para colmar el tipo de resultado, además de la conducta se requiere un resultado previsto por la ley; este tipo se diferencia de la conducta que lo ocasionó.

Existe otra clasificación del delito, en que se distingue entre delitos de daño o lesión y delitos de peligro; ésta clasificación no está referida a la estructura de los tipos, sino al modo en que se afecta el bien jurídico en cuestión. De esta forma, el resultado queda separado de la conducta en tiempo y espacio.

Por el contrario, la exposición a peligro, no obstante vincularse con el resultado -visto éste como acontecimiento concreto-, es una relación ideal entre la acción (con o sin resultado) y el bien jurídico, sin importar si la acción ha tenido o no resultado.

En los tipos de delitos que precisan el resultado, este tiene la función de los otros elementos pertenecientes al aspecto objetivo del tipo. El resultado es "uno de los contenidos del conocimiento -más bien de la previsión, en este caso- necesario al dolo. Reviste el carácter de punto de referencia terminal del nexo de

causalidad envuelto en todo tipo de delito de resultado, y su ausencia es un factor que ha de tenerse en cuenta en el establecimiento de la tentativa.”⁸⁸

El derecho penal mexicano concibe a las infracciones culposas como una regla, en función del resultado. Cabe destacar que la ley penal de nuestro país da al resultado un significado pequeño o nulo, con respecto a los delitos que se califican por el propio resultado. Por otra parte, da una mayor preponderancia a los delitos determinados por el resultado.

4.6. Nexo causal

El nexo causal, también conocido en el ámbito jurídico como relación causal, hace de la acción (la cual puede ser tanto acto como omisión) la causa de que el resultado es efecto. Este problema ha sido discutido ampliamente desde la perspectiva filosófica. Bajo las consideraciones de la intencionalidad y de la imprudencia, es posible hablar de causalidad subjetiva o moral.

El hecho de tomar como causa física a uno solo de los antecedentes de la consecuencia, fue criticado por el filósofo inglés John Stuart Mill, cuya opinión era que el resultado es provocado por la conjunción de todos los antecedentes que, juntos, constituyen la verdadera causa. La crítica de Stuart Mill ha sentado los

⁸⁸ *Ibidem.* p. 2845

fundamentos teóricos de la causalidad eficiente, o teoría de la equivalencia de las condiciones, que Carrancá y Trujillo explica de la siguiente forma:

“Antes que una cualquiera de las condiciones se asocie a las demás, resultan todas ineficaces y la condición no se produce; pero al unirse a las otras causa la causalidad de ellas, y por lo tanto debe establecerse que cada una es causa de toda la consecuencia (...)”⁸⁹

Es decir, hay un nexo causal entre el movimiento del cuerpo y el resultado, cuando éste resultado no se hubiera dado sin aquél, esto es, cuando no se dé por terminado el movimiento corporal, sin que se deje de producir el resultado acontecido. Por lo tanto, todas las condiciones del resultado pertenecen al mismo valor.

Desde otra perspectiva teórica, el concepto teórico de la causa parte de la distinción entre condiciones simples o puras, distinguiendo la mayor o menor relación de cada condición con el resultado. Otra visión del mismo fenómeno se fundamenta en la diferencia cualitativa de los antecedentes; aquí se hace la distinción entre verdaderas causas y sólo condiciones. Finalmente, se toma en cuenta la causación adecuada, la cual atiende a la eficacia intrínseca de la condición, con el fin de producir abstractamente la consecuencia dada.

⁸⁹ Carrancá y Trujillo, Raúl *Op cit* p. 241

En lo relativo a la equivalencia de las condiciones, hay condiciones decisivas y no decisivas, positivas, negativas e incluso indiferentes en abstracto. Por su parte, para Eduardo Novoa Monreal, la teoría de la equivalencia de las condiciones se ubica en su ámbito propio, pues "no tiene la función de señalar una causa eficiente única ni de decidir responsabilidades penales; no tiene por qué considerar *sentimientos de justicia* ni necesita estar templada por *correctivos o frenos*." ⁹⁰

Así, podría definirse al nexo causal como el límite máximo para admitir la vinculación entre un movimiento o actitud corporal del ser humano, y toda modificación en el mundo externo influida por tal movimiento o actitud, que merecería un examen jurídico penal.

4.7. Objeto material

Según la definición de Santiago Mir Puig, el objeto material "está constituido por la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción, por lo que también se conoce como <<objeto de la acción>>".⁹¹ Así, el objeto material puede ser el sujeto pasivo sobre el que recae la conducta ilícita, o bien la cosa sobre la que se infringe la conducta ilícita.

⁹⁰ Novoa Monreal, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Ed. Jurídica. Chile, 1960, p. 372

⁹¹ Mir Puig, Santiago. Derecho penal. Parte general. Ed. PPU, S A Barcelona, 1996 p. 199

Como especifica el artículo 400 *bis* del Código Penal en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, el objeto material está formado por cosas:

“los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza (...) que proceden o representan el producto de una actividad ilícita:

(...)

Para efectos de este artículo se entiende que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos, o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia”. (Código Penal. Art. 400 *bis*)

En este delito, los recursos son fondos económicos tales como dinero, divisas, metales, activos, etc.; los derechos son certificados económicos en donde se establece legalmente la facultad de una persona de hacer efectiva la posesión sobre los recursos o bienes descritos en él; finalmente los bienes de cualquier naturaleza son bienes muebles e inmuebles.

Como lo expresa el citado artículo, para que se constituya delito, es preciso que se compruebe que los recursos, derechos o bienes provienen de una actividad ilícita, para ello deben “existir indicios fundados, entendiéndose por esto que en las investigaciones exista evidencia obtenida y datos suficientes de que dichos recursos provienen de una actividad previamente calificada como ilícita, o de que exista una sentencia en firme que determine que su procedencia es ilícita,

toda vez que no pudo acreditarse el legítimo origen en el procedimiento jurisdiccional correspondiente”.⁹²

4.8. Medios de comisión

Los medios de comisión son los procedimientos a través de los cuales se realiza una conducta contraria a la ley, es decir que lesiona un bien jurídico protegido por esta.

En el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita: “la mentalidad de las personas implicadas en la actividad de transformar las ganancias obtenidas de forma ilegal, siempre estará orientada a *utilizar aquellos procedimientos, que por sus características, contribuyan a que se pierda cualquier elemento que pueda permitir su localización; por lo que, mientras más avanzada sea la tecnología del procedimiento utilizado y menos mecanismos de control existan ello redundará en la amplia consecución de sus propósitos.*”⁹³

Por la naturaleza de sus operaciones, el sistema financiero posee estas características, de ahí que sea utilizado para la realización de las actividades del lavado de dinero. Como establece el artículo 400 *bis* del Código Penal Federal, el sistema financiero está formado por instituciones de crédito, aseguradoras, afianzadoras, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de financieras de objeto limitado, uniones de crédito, empresas de

⁹² Nando Lefort, Victor Manuel. *Op. Cit.* p. 46.

⁹³ *Ibidem.* p. 37.

factoraje financiero, casas de bolsa, casas de cambio, administradoras de fondos de retiro y cualquier otro intermediario bursátil, financiero o cambiario.

En el sistema financiero, el lavado de dinero inicia con la introducción de los capitales a las instituciones financieras, con ello se busca fraccionar los capitales para facilitar su manejo; la introducción de los capitales puede revestir distintas formas como la transferencia de fondos, el cambio de moneda extranjera, la compra-venta de valores mobiliarios, la emisión de bonos y obligaciones, los pagos por la prestación de servicios, o cualquier otra operación financiera. Estas operaciones constituyen los *medios de comisión* del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

En México, el sistema financiero está compuesto por todas las instituciones adscritas al *Sistema Financiero Mexicano (SIN)*. Hasta principios de esta década, el *SIN* no contaba con medidas legales para evitar el lavado de dinero; no obstante, a partir del 28 de diciembre de 1990, fecha de la publicación del artículo 115 *bis* del Código Fiscal en el Diario Oficial, se han introducido disposiciones relativas a ese ilícito en otros ordenamientos. Así, la Ley de Instituciones de Crédito (artículo 113,), la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito (artículo 97), la Ley del Mercado de Valores (artículo 52 *bis*-1), la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros (artículo 146), y la Ley Federal de Instituciones de Finanzas (artículo 112 *bis*-3), imponen sanciones

privativas y pecuniarias a los empleados y funcionarios que omitan el registro de las operaciones efectuadas en sus instituciones o que alteren los registros para ocultar las características de las operaciones realizadas.

A pesar de estas medidas, el sistema financiero mexicano continúa realizando operaciones con recursos de procedencia ilícita, a través de procedimientos como la transferencia de fondos bancarios, el cambio de moneda extranjera, la compra-venta de bienes raíces, la doble facturación, las tarjetas de crédito, el Internet, y el envío de fondos a paraísos fiscales.

4.8.1. Transferencia de fondos bancarios

La transferencia de fondos bancarios consiste en la transmisión electrónica de dinero de una cuenta a otra cuenta de la misma sucursal bancaria, de una sucursal a otra sucursal de la misma institución bancaria, y de una institución bancaria a otra institución bancaria. La transferencia de fondos bancarios se puede realizar en la misma localidad, de una localidad a otra o de un país a otro.

La transferencia de fondos bancarios es producto de la diversificación de los servicios que ofrecen las instituciones bancarias para competir con ventaja en el mercado financiero; así, las instituciones bancarias ofrecen a sus clientes la posibilidad de realizar operaciones en cualquiera de sus sucursales, e incluso en

las sucursales de otras instituciones bancarias (por. ej. el SISTEMA RED de cajeros automáticos). Esto tiene como consecuencia el incremento de los flujos de capitales entre instituciones bancarias y sus sucursales; por lo que estos flujos se consideran normales

Por ello, cuando se utiliza la transferencia de fondos bancarios para el lavado de dinero, se mantiene la "aparición de que las instituciones están consumando compensaciones entre sus sucursales y sus oficinas principales, o entre ese banco y sus bancos corresponsales en otras localidades (...) es extremadamente difícil detectar el lavado de dinero llevado a cabo de esta manera (...) por que esas transferencias son casi indistinguibles de aquellas transacciones de banco a banco realizadas con propósitos legítimos".⁹⁴

Debido a que la transferencia de fondos bancarios requiere la complicidad de la institución bancaria, esta se realiza principalmente en instituciones controladas por organizaciones criminales o en instituciones con clientes regulares.

La transferencia de fondos bancarios es uno de los métodos de lavado de dinero más seguros debido a que mantiene el anonimato del personal involucrado al realizar todas las operaciones de transferencia a través de medios electrónicos.

⁹⁴ *Ibid.* p. 75.

4.8.2 Cambio de moneda extranjera

El cambio de moneda extranjera puede ser de dos tipos: a) canje de dinero o documentos expresados en moneda extranjera por la moneda que circula en el lugar donde se efectúa el canje, o b) canje de moneda nacional por dinero o documentos expresados en moneda extranjera. En el lavado de dinero se hace uso de ambos tipos de cambio.

El cambio de moneda extranjera se efectúa en casas de cambio en donde el canje se realiza sin la firma de documentos pues la presencia del cambista presupone la aceptación de las condiciones de la casa de cambio. Esto favorece el lavado de dinero, pues no queda constancia legal de la operación, así es imposible determinar el nombre, el domicilio, la ocupación, el monto del cambio, etc.

Las casas de cambio pueden ser independientes o controladas; las independientes son casas de cambio constituidas con fines legales, mientras que las controladas son casas de cambio constituidas por los lavadores de dinero para facilitar sus actividades.

El cambio de moneda extranjera presenta las siguientes ventajas a) facilita la transferencia de dinero de un lugar a otro, y b) permite cambiar grandes sumas de dinero por documentos fácilmente transportables (por. ej. giros bancarios). Por otra parte, presenta las siguientes desventajas: a) requiere un número elevado de lavadores de dinero, y b) requiere la presencia física de los lavadores de dinero, lo cual puede constituir un peligro para la operación.

4.8.3. Compra-venta de bienes raíces

En general, la compra-venta consiste en la transmisión de la propiedad de una cosa o derecho a cambio de cierta cantidad de dinero; la compra-venta se realiza mediante un contrato en el que se estipulan los derechos y las obligaciones de las partes contratantes; así, el vendedor tiene la obligación de transferir la propiedad de la cosa y el derecho de obtener cierta cantidad de dinero a cambio; mientras que el comprador tiene la obligación de desembolsar la cantidad acordada y el derecho de recibir la propiedad de la cosa.

La compra-venta de bienes raíces se convierte en un medio de comisión del lavado de dinero, cuando la suma de dinero acordada en el contrato de compra-venta proviene de una actividad ilícita, independientemente de que ambos contratantes tengan conocimiento de ello. En este caso, la compra-venta de bienes raíces puede asumir alguna de las siguientes formas.

- **Empresas escudo de bienes raíces:** El lavador de dinero compra una propiedad a través de una compañía escudo, posteriormente la vende a un precio superior, de esta manera coloca al dinero de procedencia ilícita como la ganancia de la venta.
- **Adquisición de negocios en quiebra:** El lavador de dinero compra un negocio en quiebra y coloca al dinero de origen ilícito como las utilidades del negocio.

4.8.4. Doble facturación

La doble facturación se produce cuando una sociedad comercial posee sucursales en distintos emplazamientos; la sociedad comercial compra bienes o servicios, a través de sus sucursales, a un precio sobrevaluado con lo cual consigue:

1. Sacar capitales de su país para evitar el pago de impuestos, y
2. Introducir esos capitales a países con privilegios fiscales (paraíso fiscal).

La doble facturación sólo puede ser realizada por sociedades comerciales que controlen sucursales en el paraíso fiscal, pues la sobrevaluación debe mantenerse en secreto.

4.8.5. Las tarjetas de crédito

En este medio de comisión, el dinero ilícito se introduce en el sistema financiero a través de la solicitud de una tarjeta de crédito de amplia cobertura; con ella, los lavadores de dinero adquieren bienes muebles o inmuebles, poco antes del vencimiento del plazo de pago liquidan la deuda con el dinero ilícito, los bancos generalmente no investigan de dónde proviene el dinero del pago debido a que necesitan liquidez para seguir realizando sus operaciones.

4.8.6. La red Internet

La red Internet conocida como la "red de redes", se extiende a lo largo de todo el mundo, y está integrada por computadoras personales, redes de área local, redes de área metropolitana y de área amplia. La red Internet permite:

- "- Acceso a bases de datos de cualquier área del saber.
- Bancos de imágenes, *software* y *shareware* [programas que se comparten].
- Boletines electrónicos.
- Comunicación con sistemas comerciales y públicos.
- Grupos de discusión.
- Herramientas para búsquedas bibliográficas y de información en general.
- Mensajes interactivos."⁹⁵

⁹⁵ Plata, Roberto. "Recursos de Información Especializada". CICH-UNAM México 1995. p 2

En el sector económico, la red Internet tiene la capacidad de ofrecer directamente todo tipo de productos y servicios comerciales, los cuales pueden ser pagados mediante transferencias electrónicas. En el sector financiero, la red permite realizar la mayoría de las operaciones financieras, realizadas por las instituciones del sistema financiero.

Para acceder a Internet el usuario debe poseer además de una computadora con determinadas características y una conexión telefónica, una suscripción con un intermediario. Los hay de dos tipos: comerciales y no comerciales; ejemplos de los primeros son las compañías Comuserve, Boeing, Dialog, Gupta, Spin e Internet de México.

En México, la introducción de la red Internet a escala masiva es relativamente reciente por lo que sus aplicaciones y consecuencias no han sido suficientemente estudiadas. En nuestro país la demanda de este servicio aún es baja en relación con la de los países desarrollados; sin embargo, los especialistas pronostican que en un pequeño plazo habrá una reducción en los costos que permitirá a un mayor número de usuarios mexicanos acceder al servicio, por lo que el impacto de la red en nuestra sociedad será aún mayor.

Esto explica el uso de la red para el lavado de dinero: "los grupos de delincuentes organizados obtienen información sobre cuentas bancarias de personas con un amplio crédito disponible. Esto se realiza a través de la

utilización de tecnología computarizada, mediante el uso de una terminal, un *scanner* y una pequeña impresora, el cual se reproduce en cuentas apócrifas para la adquisición, especulación o transferencia de bienes muebles e inmuebles, con el propósito de ocultar o aparentar un verdadero origen del dinero aplicado a estas operaciones”.⁹⁶

Como un medio para reducir la comisión de este tipo de delitos, las empresas relacionadas con los sistemas de información, han desarrollado *software* para la protección de los usuarios de la red, denominado “*Security on the Internet*”.

4.8.7. El envío de fondos a paraísos fiscales

Se denomina *paraísos fiscales* a los países con sistemas financieros flexibles, estos sistemas se caracterizan por poseer:

1. Confidencialidad bancaria
2. Mínimo pago de impuestos
3. Facilidad para establecer corporaciones extranjeras
4. Estabilidad política
5. Estabilidad monetaria

Los lavadores de dinero utilizan la infraestructura de los paraísos fiscales para desarrollar etapas esenciales del lavado de dinero, sin embargo la función

⁹⁶ Nando Lefort, Victor Manuel *Op. Cit* p 81.

principal de los paraísos fiscales consiste en servir como depósitos rentables para el dinero recién lavado. Este dinero permanece en el paraíso fiscal el tiempo necesario para que pueda ser reintroducido al país de donde proviene sin ningún problema legal.

Los medios básicos para introducir el dinero sucio en los paraísos fiscales son el transporte físico, los giros bancarios, la apertura de sociedades ficticias, la doble facturación, etc. Todos estos medios comparten la característica de que impiden cualquier ruta de auditoría para descubrir el origen y al dueño del dinero.

4.8.8. El *préstamo de vuelta*.

El método de *préstamo de vuelta* consiste en utilizar dinero sucio para constituir empresas de gran rentabilidad. Debido a que las empresas tienen la capacidad de otorgar préstamos a otras compañías, los lavadores de dinero se otorgan préstamos a sí mismos, con una tasa de interés normal; así pueden ir blanqueando el dinero sucio, como si fueran los intereses recibidos por el préstamo.

Este método se utiliza para reintroducir el dinero sucio al país de origen; el dinero depositado en los paraísos fiscales es utilizado por los lavadores en la

creación de empresas que entran al país de origen como si fueran extranjeras. De esta manera no es necesario que justifiquen el origen de su capital.

Los ciclos de autopréstamo se repiten constantemente, con el objeto aparente de financiar la ampliación, la modernización, de otras empresas, las cuales también están controladas por los lavadores de dinero. A través de las compañías a las que se presta dinero, también se obtienen beneficios fiscales, pues estas pueden reducir los impuestos ante el fisco, comprobando que están operando con préstamos.

4.8.9. Otros medios de comisión

Además de los medios de comisión descritos, otros medios son el control de casas de juego y la apertura de tiendas de artículos de primera necesidad.

4.8.9.1. Control de casas de juego

En México, los juegos de azar forman parte de la dinámica social moderna; no obstante, estos juegos tienen un marco legal muy restringido, esto motiva la existencia de dos tipos de juegos, los oficiales y los clandestinos. Los oficiales consisten en juegos controlados por el propio gobierno con un fin altruista: apoyar

a los sectores más pobres de la población. Como ejemplo de estos juegos podemos citar a la Lotería Nacional y a los sorteos de la Cruz Roja.

Por otra parte, los juegos clandestinos son controlados por grupos criminales a través de palenques, casas de juego y casinos encubiertos; la característica principal de estos lugares es que sólo permiten el acceso a un público selecto: personas con un alto nivel económico capaces de realizar apuestas de enormes sumas de dinero o de responder a los compromisos adquiridos en el juego.

El lavado de dinero se realiza a través de los juegos prohibidos debido a que en los lugares donde se practica no se pregunta acerca del origen del dinero que se apuesta o se paga.

4.8.9.2. Apertura de tiendas de artículos de primera necesidad.

Por sus características, las tiendas minoristas, son medios ideales de lavado de dinero; estas tiendas manejan ventas al menudeo, por lo que tienen una permanente circulación de dinero en efectivo; esto facilita la mezcla de dinero limpio con dinero sucio; así ambos tipos de dinero, se utilizan para las operaciones de las tiendas: compra, transporte y almacenamiento de mercancías; pago de sueldos a los empleados; pago de gastos administrativos, etc.

El dinero sucio se declara como ganancias de las ventas de la tienda con lo que se pone en circulación nuevamente. A pesar de su efectividad, este método presenta las siguientes desventajas:

- a) Requiere que en ellos trabaje gran cantidad de personas.
- b) Necesita gran cantidad de papeleo (por lo tanto, una ruta documentaria).
- c) Existen límites en las cantidades que pueden ser canalizadas a través de los mismos sin que se atraiga la atención”.⁹⁷

4.9. Elementos normativos

Según Santiago Mir Puig, son “elementos normativos los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social.”⁹⁸ Así, existen dos tipos de elementos normativos: elementos normativos jurídicos y elementos normativos sociales. Ambos tipos de elementos contienen subelementos de valoración y de sentido.

Las normas jurídicas son enunciados de contenido justo formulados para influir en el comportamiento de los individuos de una sociedad, son prescripciones o mandatos aplicables en la práctica, axiomas con *validez*. Los componentes de una norma jurídica son:

⁹⁷ *Ib'dem* p. 76.

⁹⁸ Mir Puig, Santiago *Op cit* p. 211

- " El carácter: la caracterización de determinadas acciones (externas) como obligatorias, prohibidas, permitidas o facultativas.
- El contenido: la acción o acciones afectadas por dicho carácter; es decir lo prohibido, permitido(...)
- La condición de aplicación. las circunstancias (...) para (...) realizar el contenido de la norma (...)
- La autoridad: quien dicta la norma,
- El, (los) sujeto(s) normativo(s) los destinatarios de las normas;
- La ocasión: la localización espacio-temporal en que debe cumplirse el contenido de la norma;
- La promulgación; la formulación de la norma (...) para que pueda ser conocida
- La sanción: amenaza de un perjuicio en el caso de que sea incumplido el contenido de la norma".⁹⁹

Las normas jurídicas se dividen en primarias y secundarias; las primarias permiten o prohíben ciertas acciones independientemente de la voluntad de los individuos, es decir, imponen deberes y su transgresión puede motivar una sanción; las normas secundarias regulan a las primarias para lo cual se dividen en normas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación. Las normas de reconocimiento establecen cuáles son las leyes del sistema jurídico; las de cambio proporcionan definiciones jurídicas e indican el procedimiento y las autoridades competentes para modificar y crear leyes; las normas de adjudicación determinan que organismos deben evaluar el quebrantamiento de las normas primarias.

⁹⁹ Valle de Goystisolo, Juan. Metodología jurídica. Col Monografías Ed. Civitas. Mexico, 1988
p 24

Generalmente el contenido de las normas jurídicas coincide con los principios y normas morales del contexto social en donde actúan, a esta situación se hace referencia cuando se describe al Derecho como "lo vivido en las costumbres".¹⁰⁰

Así, los elementos normativos jurídicos del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita están formados por el artículo 400 bis del Código Penal Federal y los artículos de todos los ordenamientos en donde se haga referencia a este delito.

Por otra parte, las normas sociales son las costumbres, valores y convenciones de una sociedad que constituyen su guía de comportamiento, a pesar de no tener un carácter formal.

4.10. Circunstancias

Existen dos tipos de circunstancias: las circunstancias atenuantes y las circunstancias agravantes; las primeras producen la disminución de la pena; mientras las segundas tienen como consecuencia el aumento de la sanción.

En el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, es una circunstancia atenuante el hecho de que éstas se realicen sin el conocimiento

¹⁰⁰ *Ibidem.* p. 50

previo del origen de los recursos. Por otra parte, es una circunstancia agravante el hecho de que quienes cometan el ilícito sean empleados o funcionarios del sistema financiero, así como servidores públicos encargados de prevenir el delito:

“ Artículo 400 *bis*

(...)

La misma pena se aplicará a los empleados y funcionarios de las instituciones que integran el sistema financiero, que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para la comisión de las conductas previstas en el párrafo anterior, sin perjuicio de los procedimientos y sanciones que correspondan conforme a la legislación financiera vigente.

“(...)

La pena prevista en el primer párrafo será aumentable en una mitad, cuando la conducta ilícita se cometa por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos. En este caso, se impondrá a dichos servidores públicos, además, inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.” (Código Penal. Art. 400 *bis*).

CAPÍTULO V: ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL

Para terminar la exposición acerca del tipo penal del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, en este capítulo se exponen sus elementos subjetivos: la forma de realización, los elementos subjetivos específicos, la antijuridicidad, la culpabilidad, la tentativa y el concurso.

5.1. Forma de realización

La forma de realización se refiere a las dos formas de comportamiento; es decir a la acción y a la omisión. A pesar de que en capítulos anteriores ya se han examinado ambas formas de comportamiento, es necesario analizarlas aquí como elementos subjetivos del tipo a fin de completar la comprensión del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

En este sentido, la acción es el movimiento positivo del individuo producido por la suma de la voluntad y la relación de causalidad; la voluntad es la libre determinación de un individuo respecto a la realización o no realización de una actividad; la relación de causalidad, se define como una conducta positiva, "*un hacer del agente*" que produce un resultado.

Por otra parte, la omisión es la inactividad del sujeto, que produce la consumación del delito. Fernando Castellanos describe de la siguiente forma al componente subjetivo de la omisión:

“ La inactividad está íntimamente ligada al otro elemento, al *psicológico*, habida cuenta de que el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización está obligado. En la omisión, la manifestación de voluntad consiste en no ejecutar, voluntariamente, el movimiento corporal que debiera haberse efectuado”.¹⁰¹

5.2. Elementos subjetivos específicos

El conocimiento y deseo de la realización del tipo integra necesariamente la parte subjetiva del tipo doloso. Sin embargo, en ocasiones la ley requiere que en el autor del ilícito concurren otros elementos subjetivos, a fin de realizar el tipo.

En términos generales, los elementos subjetivos del tipo son “todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos al dolo que el tipo exige, además de éste, para su realización.”¹⁰²

Entre las clases de elementos subjetivos se cuentan las siguientes:

¹⁰¹ Castellanos, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. Ed. Porrúa, México, 1969. p. 155- 156.

¹⁰² Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte general. Ed. Tecfoto, S. L. Barcelona, 1996. p. 24.

1. Elementos subjetivos conformados por una tendencia interna trascendente, es decir, por un fin o motivo que trasciende a la realización del hecho típico.

2. Elementos subjetivos representados por una tendencia interna intensificada. Contrariamente a la clase anterior, en estos elementos la ley no exige perseguir una consecuencia ulterior a la prevista por el tipo; en este caso, el sujeto otorga a la acción típica un determinado sentido subjetivo.

3. Elementos subjetivos que conforman el conocimiento de la falsedad de la declaración.

Dentro de los elementos subjetivos se encuentran el propósito y los motivos, que serán revisados en los siguientes apartados.

5.2.1. El propósito

El propósito es un elemento intencional de la conducta debido a que genera en el individuo la realización de acciones dirigidas a lograr un determinado fin. El propósito se convierte en un elemento subjetivo del tipo penal cuando dichas acciones están prohibidas por la ley. El propósito se compone de dos partes:

1) La representación.

2) La realización.

La representación consiste en la planeación de las acciones necesarias para obtener el fin deseado, esta planeación incluye condiciones, actos, medios de evasión de la justicia, etc. La representación no altera el mundo externo:

"La representación consiste en un pensar múltiple sobre un fin con múltiples cualidades. En la representación el que conoce debe concentrarse en lo inmediato sin alterarlo con su concepción; por ello en un primer momento la representación puede ser comprendida como una relación inmediata en la que una conciencia singular sólo es capaz de asimilar lo abstracto del fin".¹⁰³

Por otra parte, la realización se refiere a la ejecución de lo proyectado en la representación (condiciones, acciones, fines, etc.). Generalmente, la realización se desarrolla en dos fases: la preparación y la consumación. En la fase de preparación, el infractor reúne todos los elementos necesarios para efectuar las acciones delictuosas. En la fase de consumación, el infractor realiza objetivamente las acciones delictuosas consumando el delito.

Según Polaino Navarrete: "sin la realización, el propósito se disiparía en una mera representación; sin la representación, la acción cesaría de ser voluntaria".¹⁰⁴

¹⁰³ Welsel. Importancia de la dogmática jurídico penal. Ed. Andrés Bello. Caracas, 1945. p. 41

¹⁰⁴ Polaino Navarrete, Miguel. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Barcelona, 1990. p. 348.

El propósito es la causalidad humana en la que media la voluntad, esta afirmación destaca al componente esencial del propósito: la voluntad; sin voluntad no puede haber propósito debido a que este debe ser formulado libremente por el infractor para que pueda imputársele culpa.

En el caso del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, el propósito se expresa directamente en el texto del artículo 400 bis del Código Penal Federal: "(...) con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita". (Código Penal Federal. Artículo 400 bis).

5.2.2. Los motivos

Los motivos son las causas por las que el infractor se propone consumir un delito, estas causas pueden ser objetivas o subjetivas; las causas objetivas se refieren a la obtención de un bien material (recursos, derechos o bienes), mientras que las causas subjetivas al logro de un bien inmaterial (la venganza, por ejemplo).

Para determinar los motivos del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, se debe tomar en cuenta su objeto material compuesto por los

recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza que procedan o representen el producto de una actividad ilícita, tal como lo establece el párrafo primero del artículo 400 bis, del Código Penal Federal. De esta manera puede concluirse que los motivos de este delito son de tipo material debido a que los infractores (narcotraficantes, traficantes de armas, lenones, jugadores, corredores, defraudadores, etc.) esperan reciclar parte de los recursos, derechos o bienes obtenidos de sus actividades para integrarlos a su hacienda.

5.3. Antijuridicidad

En el contexto jurídico se suelen utilizar indistintamente los términos antijuridicidad e ilicitud, con sus correspondiente sustantivos (antijurídico e ilícito), lo cual en ocasiones provoca confusión conceptual. De acuerdo con Jiménez de Asúa, la ilicitud abarca a la antijuridicidad; así mismo, lo ilícito es lo contrario tanto a la moral como al derecho, por lo que tomar *ilícito por jurídico* en el ámbito jurídico, resulta *inexacto e impreciso*.¹⁰⁵

Al referirse a lo contrario a la norma y al derecho, la antijuridicidad es un concepto negativo. La oposición a la norma y al derecho no significa únicamente una oposición a la ley, sino más genéricamente significa lo contrario a las normas culturales que el Estado reconoce, es decir, es una contradicción entre una conducta determinada y el orden jurídico establecido por el Estado

¹⁰⁵ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de derecho penal, T. III Ed. Porrúa México, 1992, pp. 961-962

En efecto, el origen de las leyes está en supuestos previos, los cuales forman parte de la herencia cultural de una comunidad; así, las normas culturales son los principios básicos de la convivencia social, regulada por el derecho.

De este modo, la condición de antijuridicidad que pueda tener una conducta, se determina por medio de un juicio de valor, esto es, "aquiatar la estimación entre esa conducta (en su fase material) y la escala de valores del Estado."¹⁰⁶

Si bien se puede ubicar a la antijuridicidad en el terreno de lo objetivo (ya que se centra en la conducta externa), también pertenece al de lo subjetivo, pues atañe a la culpabilidad.

La antijuridicidad está referida al antagonismo entre la conducta humana y la norma penal, e incide únicamente sobre la acción realizada, lo cual le da un carácter predominantemente objetivo; sin embargo, hay algunos hechos delictivos que manifiestan una actitud psicológica del agente, que se encamina hacia un objetivo determinado. Por ello puede hablarse de diversos aspectos o elementos de la antijuridicidad.

¹⁰⁶ Márquez Piñero, Rafael Derecho Penal Parte general, Ed. Trillas, Mexico, 1997, p. 195

Una misma conducta exterior puede darse conforme a derecho, o puede ser antijurídica, de acuerdo con el sentido dado por el agente a su acto o la disposición anímica con que lo lleve a cabo. Estos elementos de tipo subjetivo, son llamados elementos subjetivos del injusto, es decir, de la antijuridicidad.

Sin embargo, la existencia de tales atributos subjetivos en la antijuridicidad no significa que ésta pueda fusionarse con la culpabilidad. Estos rasgos subjetivos se dan en los delitos denominados de intención, o de tendencia, en donde la acción únicamente integra las infracciones cuando el agente actúa con la intención previa de adueñarse o usar el bien ajeno (esto es, con ánimo de lucro). En este tipo de delitos "la antijuridicidad comprende no sólo los elementos objetivos de la figura de delito, sino también intenciones o propósitos específicos del agente (elementos subjetivos) cuando concurren a constituir el tipo delictivo."¹⁰⁷

La antijuridicidad puede darse en los sentidos formal y material:

1. La antijuridicidad formal está conformada por la conducta contraria a la norma.
2. La antijuridicidad material está integrada por la lesión o peligro hacia bienes jurídicos.

¹⁰⁷ Cuello Calón, Eugenio Derecho Penal Parte general, Ed Bosch, Barcelona, 1985, p 352

En ocasiones ambos sentidos coinciden, pues los hechos que las normas prohíben o exigen pueden ser nocivos o peligrosos para la sociedad; y en general son antijurídicos, dado que quebrantan los mandatos de la norma.

Los hechos que dañan y perjudican a la colectividad (englobados en la antijuridicidad material), y no están previstos por la norma penal, únicamente son antijurídicos cuando son sancionados por una ley. La antijuridicidad material carente de antijuridicidad formal carece de trascendencia penal.

En el contexto de la ciencia jurídica existen dos corrientes relativas a la antijuridicidad:

1. La objetiva. Para esta corriente lo antijurídico es la contradicción del acto con la norma, sin que sea necesario comprobar si el agente actuó de manera culpable
2. La subjetiva. Para esta corriente, a fin de determinar lo antijurídico, se debe analizar previamente la existencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, además de capacidad de actuar culposamente.¹⁰⁸

El criterio objetivo de la antijuridicidad se explicó en el capítulo anterior, por lo que en este capítulo trataremos el criterio subjetivo de la misma figura jurídica. "Para los seguidores del principio de los imperativos (que conminan al sujeto al deber de obrar de manera determinada), no hay más remedio que introducir en

¹⁰⁸ Cf. Jiménez de Asúa. Luis. *Op. cit.* p. 981.

ella al acto anímico (la conciencia de obrar contra el derecho, la voluntad contraria a él), para que la conducta pueda calificarse como antijurídica.”¹⁰⁹

Desde el punto de vista subjetivista, no se da la conciencia de violar el deber como elemento de la culpabilidad; más bien se establece y valora en el terreno de lo antijurídico. Así, desde esta perspectiva, la conducta del menor o del afectado en sus facultades mentales, carecería de significación jurídica, al igual que las catástrofes naturales (rayos, terremotos, inundaciones, etc.).

En lo tocante al delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, es una conducta antijurídica en cuanto a que contraviene las disposiciones legales, y en cuanto a la conciencia de violar tales disposiciones, por parte del delincuente.

5.4. Culpabilidad

La culpabilidad se ubica, jurídicamente, en el ámbito de la individualización; el delito, al ser un hecho antijurídico y un hecho típico, es además un hecho culpable. Son culpables las acciones cuando, debido a la relación psicológica entre tal acción y su autor, éste queda a cargo de la misma, además de que le puede ser reprochada.

¹⁰⁹ Márquez Piñero, Rafael. *Op. cit.* p. 199

Por esta razón en la culpabilidad, además de existir una relación de causalidad psicológica entre agente y acción, hay también un juicio reprobatorio de la conducta del agente, ocasionado por el comportamiento contrario a la ley; al haber cometido un hecho prohibido por la legislación, el agente falta a su deber de obedecerla.

Así, la culpabilidad se puede definir como "el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley."¹¹⁰ El reproche, existente en la culpabilidad como elemento del delito, se da únicamente sobre la relación de causalidad psíquica que existe entre el agente y el hecho; en tanto, el juicio de culpabilidad recae sobre el hecho concreto y aislado.

De este modo, las características del agente, como la peligrosidad y el carácter antisocial, no son base para la culpabilidad ni motivo para la absolución o condena. Estas características únicamente influyen en la extensión de la pena o en la toma de medidas de seguridad. Por su parte, la culpabilidad se vincula estrechamente a la antijuricidad, que es condición previa para que exista la culpabilidad.

En el derecho penal mexicano la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que vincula al sujeto con el resultado del acto.¹¹¹ Sin embargo, esta

¹¹⁰ Marquez Piñero, Rafael. *Op. cit.* p. 244.

¹¹¹ Cf. Porte Petit Candaudap, Celestino. Importancia de la dogmática jurídico-penal. Ed. Porrúa México, 1982.

noción sólo se aplica a los delitos dolosos o intencionales, y no puede aplicarse a los delitos culposos o no intencionales, en los que el resultado no se deseó. En tanto, para Jiménez de Asúa, la culpabilidad es "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".¹¹²

Si la antijuridicidad consiste en oponer el hecho al orden jurídico, en la culpabilidad se trata de la oposición del sujeto al mismo orden jurídico. De este modo, la culpabilidad se da mediante el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación, lo que puede considerarse como el desprecio que tiene el sujeto tanto por el orden jurídico, como por los mandatos y prohibiciones que conforman y conservan dicho orden jurídico. El desprecio puede manifestarse en forma directa (dolo) e indirecta (indolencia o desatención, surgidos del desinterés).

Con respecto a la culpabilidad, existen básicamente dos teorías: la psicológica y la normativa, que a continuación se explicarán:

- Teoría psicológica. Desde esta perspectiva, la culpabilidad se refiere a la relación subjetiva entre el hecho y el autor; es decir, la culpabilidad se fundamenta en la relación psicológica entre el autor y su hecho, lo que equivale a su posición psicológica frente al hecho. Sin embargo, no basta lo psicológico en estado puro, pues la culpabilidad también es valorativa, pues su

¹¹² Jiménez de Asúa, Luis La ley y el delito, Ed. Sudamericana. Buenos Aires, 1983 p. 13

contenido es un reproche. La culpabilidad proviene de la comprobación de la discordancia subjetiva entre valoración debida y desvalor creado, es decir, cuando hay consciencia de la criminalidad del acto. Dada la relación entre autor y hecho, la culpabilidad está dotada de un psicologismo elemental.

- Teoría normativa De acuerdo con la concepción normativa de la culpabilidad, ésta no consiste sólo en una relación psicológica, pues la psicología es sólo el punto de partida. A partir de un hecho psicológico concreto, se deben definir sus motivos, para que encaje la conducta del sujeto en el ámbito del dolo o de la culpa. Después de determinar los motivos, se debe concluir la reprochabilidad del hecho; para ello, es necesario acreditar si -a partir de la personalidad y motivos del autor, se le puede exigir una conducta conforme a derecho. Por lo tanto, la culpabilidad se finca en el reproche que se hace al autor, con respecto a su conducta antijurídica. Por lo tanto, "la culpabilidad significa un conjunto de presupuestos fácticos de la pena situados en la persona del autor."¹¹³ De este modo, para recibir un castigo, una persona no sólo debe haber procedido de manera antijurídica y típica; además, su acción debe poder serle reprochada de manera personal. La base para el reproche es que el agente debe conocer el deber jurídico y la violación al mismo.

Entre los elementos de la culpabilidad se encuentran:

¹¹³ Márquez Piñero, Rafael. *Op cit* p 246

1. La imputabilidad, que sirve como fundamento para comprender la culpabilidad.
2. Las formas de la culpabilidad: dolo y culpa. Ambas constituyen la referencia psíquica entre la conducta (hecho) y su autor.
3. La ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad. Si existiera al menos una, la culpabilidad del autor se desvanecería.

Por su parte, el contenido de la culpabilidad se relaciona con:

1. El acto de voluntad (elemento psicológico de la culpabilidad), y
2. Sus elementos (los motivos del autor, como parte motivadora; y los referentes de la acción, o la personalidad del autor, como parte caracterológica). Además, el acto debe adecuarse a la personalidad del individuo causante.

En lo relativo a las especies de la culpabilidad es posible delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), así como por un olvido de las precauciones fundamentales, que exige el Estado (en concreto, la culpa). Para que exista el dolo, es necesario que la voluntad consciente se dirija al evento o hecho típico; en tanto la segunda se configura cuando se actúa sin voluntad de provocar el resultado, el cual se lleva a cabo por la conducta torpe, negligente o imprudente del agente. En términos generales se puede afirmar que el delito se comete por dolo o por culpa, que constituyen las especies de la culpabilidad, de las cuales se derivan otras clases o subespecies.

El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita puede ser un delito tanto intencional como imprudencial, dependiendo de si quien lo ejecuta tiene noción de que lleva a cabo un ilícito (el autor del mismo), o si no se da cuenta de la perpetración del delito (como puede ser un empleado bancario que, en apariencia, sólo lleva a cabo su trabajo cotidiano, sin advertir que se trata de un acto en contra de la ley. De ahí que exista culpabilidad en ambos casos.

5.5. Tentativa

A partir de la persecución internacional del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, se ha incrementado el número de ilícitos relacionados que no superan la fase de *tentativa*, de ahí la importancia de analizar dicha fase. En general, la tentativa se define como la fase posterior a la realización de los actos preparatorios; es decir, como el momento en que inicia la ejecución del ilícito:

"La tentativa concurre cuando *se da comienzo* a los actos de ejecución pero no se *realizan todos* los que serían precisos para completarla (...) Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por los hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debiera producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento".¹¹⁴

¹¹⁴ Mir Puig, Santiago. *Op. cit.* p. 364.

Los dos elementos básicos de la tentativa son la voluntad y los propósitos; durante el desarrollo de esta investigación se han definido ambos conceptos; sin embargo, es necesario explicarlos en relación con la tentativa. En la tentativa, la *voluntad* es el deseo de consumir el delito mientras que los *propósitos* son los motivos por los que se desea consumir el delito.

Así, existe tentativa cuando se reúnen los siguientes elementos:

- a) Comienzo de ejecución.
- b) Voluntad de consumación.
- c) Ausencia de desistimiento voluntario.

El elemento del *comienzo de ejecución* se refiere al momento en el que el infractor termina los actos preparatorios e inicia los actos ejecutivos; para entender esta afirmación es necesario definir cada uno de estos actos. Los actos preparatorios son los hechos que facilitan la ejecución del delito a pesar de que en ellos aún no se infringe ninguna norma penal. Los actos preparatorios son:

"Aquellas actividades por sí mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado"¹¹⁵

¹¹⁵ Soler, Sebastián. Derecho penal argentino, Buenos Aires, 1969 p 24

Los actos ejecutivos se constituyen en tales por a) la creencia del infractor acerca de que dichos actos forman parte del delito, b) la elección del infractor de una modalidad ejecutiva y c) la determinación de la ley sobre la punibilidad de tales actos.

Así, los actos ejecutivos son los hechos “que se hallan de tal forma unidos a la acción típica, que según la concepción natural aparecen como parte suya”.¹¹⁶

En sentido estricto, el elemento del *comienzo de ejecución* se define como el momento en el que se identifica la *acción* descrita en el tipo, es decir los actos materiales lícitos o ilícitos relacionados con el verbo principal del tipo penal. Como se determinó en capítulos pasados, la acción se identifica con un verbo, en el caso del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita con los verbos: adquirir, enajenar, administrar, custodiar, cambiar, depositar, dar en garantía, invertir, transportar o transferir. De esta forma en este delito, el elemento del *comienzo de ejecución* se produce cuando los lavadores de dinero realizan alguna de estas acciones.

El *comienzo de la ejecución* es un *campo previo* a la realización del delito, para determinar sus límites es necesario analizar el plan del autor conforme a dos criterios: 1) el peligro inmediato del bien jurídico y 2) la inmediatez temporal del peligro:

¹¹⁶ Mir Puig, Santiago *Op. cit.* p 366

“El primer criterio afirma el comienzo de la tentativa cuando se produce ya una inmediata puesta en peligro del bien jurídico; el segundo cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de todos o alguno de los elementos del tipo. Este segundo criterio ofrece la ventaja de su mayor precisión, pues siempre será discutible cuándo empieza a producirse una puesta en peligro inmediata. (...) El criterio de la puesta en peligro inmediata se utiliza como complementario para casos dudosos como la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata, en la tentativa acabada y en la *actio libera in causa*”.¹¹⁷

El comienzo de la ejecución sólo se produce cuando el infractor realiza actos externos dotados de unidad de significado; es decir, cuando el infractor efectúa una serie de actos interconectados con el propósito de producir cierto resultado en la sociedad.

Por otra parte, la voluntad de consumación es un elemento subjetivo de la tentativa; la voluntad de consumación está formada por dos conductas: 1) la realización consciente de actos prohibidos y 2) la reiteración de dichos actos para lograr la consumación de un delito.

Como su nombre indica, el principal componente de este elemento es la voluntad, por lo que no puede alegarse la imprudencia excepto cuando se pueda demostrar una causa, una justificación o el desconocimiento de la prohibición de los actos realizados.

¹¹⁷ Mir Purg, Santiago *Op cit.* p 367.

Finalmente, la ausencia de desistimiento voluntario consiste en la resolución del infractor de no detener los actos ejecutivos en ninguna de sus fases.

Estos elementos, tratan de establecer los límites de la *tentativa* para diferenciarla de la *consumación*; sin embargo, sus límites no son precisos pues varían de acuerdo a factores como los autores del delito. Así, por ejemplo, en el caso de la autoría mediata, la tentativa empieza cuando "el autor mediato pone en marcha el proceso que incide o ha de incidir definitivamente en el instrumento (...). La tentativa empieza y acaba cuando el autor mediato realiza la parte decisiva de su intervención"¹¹⁸. En este caso, el autor mediato es el sujeto activo del delito mientras que el instrumento es el sujeto pasivo del delito.

Existen dos tipos de tentativa: la tentativa acabada o delito frustrado y la tentativa inacabada o delito intentado. En la primera, el infractor desarrolla todos los actos necesarios para la ejecución del delito, sin embargo, este no se produce por circunstancias ajenas. En la segunda, el delincuente trata de desarrollar todas las acciones necesarias, sin embargo, un factor externo se lo impide.

Según Fernando Castellanos "el delito intentado no se consuma ni subjetiva ni objetivamente; en tanto, el frustrado se realiza subjetiva pero no objetivamente".¹¹⁹

¹¹⁸ Mir Puig, Santiago. *Op. cit.* p. 407.

¹¹⁹ Castellanos, Fernando. *Op. cit.* p. 291.

En el Derecho, la tentativa recibe una sanción penal debido a: 1) la violación de la norma penal y 2) el riesgo sufrido por el bien jurídico protegido.

Así, el artículo 12 de nuestro Código Penal establece que:

“Artículo 12: Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.” (Código Penal, Art. 12)

“Para imponer la pena de tentativa, el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

“Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a este se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos” (Código Penal.)

En 1993, se reformó el artículo 63 del Código Penal relativo a la punibilidad de los delitos graves, el texto de la reforma es el siguiente:

“Artículo 63: Al responsable de tentativa punible, se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario.

(...)

En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado”. (Código Penal, Artículo 63).

Esta reforma impuso castigos severos a los individuos que hubieren realizado tentativa de *delito grave*. En nuestro país, la figura de *delito grave* surgió a principios de esta década como consecuencia del agravamiento de los problemas de seguridad pública y de administración de justicia, tales como el magnicidio, el narcotráfico, la violación de los derechos humanos, la corrupción de las autoridades responsables de la impartición de justicia, etc. Así, en 1993, el Congreso Constituyente (Cámara de Senadores y Cámara de Diputados) dio cauce a dos iniciativas de ley para la reforma de los artículos 16, 19, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la derogación de la fracción XVIII del artículo 117 del mismo estatuto.

La enmienda constitucional tuvo por objeto incluir la figura *delito grave* en relación con el caso urgente y la libertad provisional bajo caución. Así los artículos 16 y 20 constitucionales establecen que:

"Artículo 16: (...)

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder".

"Artículo 20: En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniaras que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio".
(Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.)

En el caso del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, estas reformas permiten una aplicación más expedita y justa de la ley, debido a que la mayoría de sus recursos provienen de actividades calificadas como *delitos graves*.

No obstante, existen formas para evitar la pena de la tentativa; en la tentativa acabada, el infractor puede acudir al arrepentimiento activo como un medio para evitar la sanción, mientras que en la tentativa inacabada, el delincuente puede acudir al desistimiento.

El arrepentimiento eficaz es "la actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumación, del delito; una vez agotado el proceso ejecutivo capaz por sí mismo, de lograr dicho resultado".¹²⁰ Es decir, a través del arrepentimiento eficaz, el infractor evita la pena al evitar el delito. Por otra parte, el desistimiento consiste en la intención de no completar las acciones requeridas para cometer el delito.

¹²⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco H. Ensayo sobre la tentativa, Ed. Porrúa México, 1974 p. 117

5.6. Concurso

La palabra *concurso* tiene diferentes significados en el contexto del derecho penal; sin embargo, en la teoría del delito, el término se emplea para señalar "que una persona debe responder de varios ilícitos penales, es decir, que ha cometido varios delitos."¹²¹

A una persona se le imputan varias violaciones a la ley cuando, además de que su conducta encuadra en más de una figura delictiva, estas figuras puedan funcionar autónomamente, sin que la aplicación de una excluya la aplicación de otra. Para el concurso de delitos se requiere el concurso efectivo de las figuras penales, a fin de que se apliquen al mismo hecho o hechos incriminados.

Las figuras delictivas concurren sólo de manera aparente para castigar un mismo hecho, únicamente cuando la relación ontológica o jurídica de las figuras excluye que éstas se apliquen en forma simultánea.

Existen dos clases de concurso de delitos:

- El ideal o formal. Se da cuando a partir de una conducta o hecho, se dan como consecuencia diversos resultados delictivos. En este caso, el agente se

¹²¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano, T. II, Coed Instituto de Investigaciones Jurídicas/ Editorial Porrúa México, 1989, p. 196.

enfrenta a una sola determinación delictiva (cuando se trata de dolo); o desatiende un deber al que le corresponde atender personalmente, y como consecuencia de la desatención, se dan varios resultados criminales

- El real o material. Deriva de diferentes conductas o hechos que, a su vez, provocan distintos resultados delictivos.

De acuerdo con el artículo 64 del Código Penal, cuando hay concurso real, se debe imponer la pena del delito que corresponda a la mayor, y podrá ser susceptible de aumento de penas para cada delito restante.

En tanto, según el artículo 108 del mismo ordenamiento jurídico:

“En los casos de concurso de delitos, las acciones penales que de ellos resulten, prescribirán cuando prescriba la del delito que merezca pena mayor.” (Código Penal. Artículo 108.)

La existencia misma de dinero sucio supone que éste se obtuvo mediante actos ilícitos (tráfico de armas o de estupefacientes; robo; fraude; secuestro; etc.), los cuales concurren junto al delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

CONCLUSIONES.

Una vez realizado el presente trabajo de investigación, y considerados los elementos constitutivos de las figuras delictivas que emanan del delito del lavado de dinero y analizadas las perspectivas del mismo dentro del sistema jurídico mexicano, llegamos a las siguientes conclusiones, a saber:

PRIMERA.- Dentro de un Estado de Derecho, como el mexicano, la legislación debe prever todo tipo de actos que alteren el orden jurídico. En consecuencia, las leyes están en un proceso constante de revisión con el fin de adecuarse a los cambios, tan constantes en el mundo actual.

Tales cambios están dados tanto por las nuevas formas de organización social, política, económica, e incluso tecnológicas, pues todas ellas contienen espacios que -de no haber una normatividad- pueden ser *huecos* legales, es decir, pueden posibilitar conductas antijurídicas que, sin embargo, no estén normadas o cuya normatividad sea deficiente.

SEGUNDA.- Si bien todos los actos ilícitos atentan contra el orden jurídico y la convivencia social, existen algunos que son especialmente dañinos. Uno de ellos es el tipificado por nuestra legislación penal como delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

TERCERA.- La gravedad de este delito radica en que en él confluye más de un ilícito, dado que las operaciones se realizan con fondos provenientes de delitos, como pueden ser el robo, el narcotráfico o el secuestro.

CUARTA.- El artículo 400-bis del Código Penal para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en Materia Federal, determina que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público es la única instancia que puede denunciar este tipo de operaciones ilegales, cuando se utilizan las instituciones del sistema financiero.

Por nuestra parte, la propuesta que aquí presentamos es que la denuncia también pueda ser efectuada por cualquier ciudadano que se percate de la comisión del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita. La razón de esto es que la Secretaría mencionada, por ser una institución central, puede resultar incapaz de conocer a detalle *todas* las operaciones que se llevan a cabo en la totalidad del sistema financiero mexicano, compuesto por las instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades financieras de objeto limitado, uniones de crédito, empresas de factoraje financiero, casas de bolsa y demás intermediarios bursátiles, administradoras de fondos para el retiro, casas de cambio, y todo intermediario bancario o financiero.

QUINTA.- En el ámbito mundial del lavado de dinero, es posible concluir que éste ilícito no ha sido calificado como tal a lo largo de la historia ni en distintas culturas. Sin embargo, en la actualidad, en todas las sociedades en donde se han realizado operaciones financieras se han manifestado elementos del delito del lavado de dinero.

Sobre todo en el siglo XX el trazado de fronteras nacionales (en los países recién descolonizados), así como los movimientos militares en todo el mundo, ha sido un factor de capital importancia para el surgimiento del contrabando, que incluye armas, drogas y otro tipo de mercancías prohibidas o reguladas por las naciones por donde cruzan o ingresan. El producto de este tráfico son los recursos de procedencia ilícita que deben ser "lavados" para entrar en el circuito normal de la economía.

En el caso de nuestro país, la noción de tráfico de armas se remonta a la época colonial, y la de drogas hasta el siglo XX. El lavado de dinero se ha dado en nuestro país nutrido en gran parte por los recursos del narcotráfico, que implican el tráfico de drogas. La legislación nacional ha contemplado hasta recientemente las operaciones con recursos de procedencia ilícita, como lo indica el artículo 115-bis del Código Penal, de 1991.

SEXTA.- Los elementos de la descripción legislativa parten, según nuestra investigación, del artículo 400 bis, título vigésimo tercero, del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia de fuero federal. De acuerdo con este artículo el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita puede darse mediante la adquisición, enajenación, administración, custodia, cambio, depósito, dar en garantía, invertir, transportar o transferir dentro de nuestro país, de México hacia el extranjero o de otros países hacia México, a sabiendas (conocimiento) de su procedencia ilícita; con el propósito de ocultar o intentar ocultar; encubrir o imposibilitar saber sobre el origen, ubicación, destino o propiedad de los recursos, derechos o bienes a que hace referencia la legislación citada.

SÉPTIMA.- Consideramos que la legislación mexicana ha previsto de manera amplia las diversas conductas encuadradas en el tipo. Esto ha sido necesario dada la sofisticación actual, sobre todo en materia tecnológica, que permitiría la comisión del ilícito, de no estar previsto por la ley.

OCTAVA.- Los planteamientos teóricos del delito y el propósito de su inclusión en esta tesis fue el verificar que el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita se adecuara a los conceptos referidos, es decir al comportamiento y sus formas, la acción y la omisión, la conducta propia o impropia.

Así mismo se revisaron los elementos generales del delito (tipo penal y su estructura; los elementos objetivos, subjetivos y normativos. Se halló que el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita es una actividad delictuosa, dada su concordancia con los elementos mencionados, además de estar tipificado y ser una conducta antijurídica, lo cual implica culpabilidad.

NOVENA.- Este capítulo trató de los elementos objetivos del tipo penal, a fin de determinar si las operaciones con recursos de procedencia ilícita, como delito, corresponden a estos elementos. En efecto, el delito mencionado lo es, dada la conducta tanto en su parte subjetiva como la objetiva, que resultan ilícitas en la actividad referida. Existen sujetos activos (las personas que efectúan las operaciones de que trata este trabajo), y sujetos pasivos (aquellos que han resultado perjudicados a consecuencia de la actividad ilícita que nos ocupa).

El bien jurídico lesionado es el patrimonio, tanto de particulares como el de la Nación. Las formas de intervención en este ilícito son la autoría, la complicidad y el encubrimiento. Los medios de comisión empleados en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, son aquellos que impiden la localización específica de la actividad. El sistema financiero mexicano posee características adecuadas para impedir esa localización, al conformarse por diversas instituciones; la tecnología es un factor muy notable en este tipo de

ilícitos, que además pueden cometerse de muchas formas, como a través de la transferencia de fondos bancarios, el cambio de moneda extranjera, la compra-venta de bienes raíces, las tarjetas de crédito, o las redes de comunicación mediante computadoras.

DÉCIMA.- Los elementos subjetivos del tipo penal, es decir la forma de realización, elementos subjetivos específicos, antijuricidad, culpabilidad, tentativa y concurso. El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita se ajusta a los elementos subjetivos. Cabe destacar que, desde el inicio de la persecución de este delito a nivel internacional, han habido ilícitos que no van más allá de la fase de la tentativa, por lo que resultó interesante analizar (en la tesis) esa fase.

La tentativa aparece en el Código Penal Federal, en su artículo 63, que fue reformado a principios de los noventa, incluyendo la tentativa de delito grave, resultante de la intensificación de diversos delitos, entre ellos el de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

DÉCIMA PRIMERA.- Debemos considerar que, al tipificarse el delito de lavado de dinero por nuestro Código Penal, la comisión del delito, para su realización lleva consigo mismo conductas humanas que pueden, inclusive, encuadrarse a otra conducta delictiva, como son el encubrimiento, el fraude, entre otros, además de que regularmente es un delito donde intervienen varios sujetos, que a su vez, y de acuerdo a su participación tendrán su grado de culpabilidad, y por ende, su correspondiente aplicación de la pena.

FUENTES:

Bibliografía citada:

1. Abbagnano, Nicola. Diccionario de filosofía. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1980.
2. Álvarez, José Rogelio. Enciclopedia de México. Tomo: Arriaga-Campeche. Ed. Compañía Editora de Enciclopedias de México, S.A. de C.V.
3. Arroyo de las Heras, Alfonso. Manual de derecho penal. T. II. El delito. Ed. Aranzandi. Pamplona, 1985.
4. Castellanos, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. Ed. Porrúa. México, 1989.
5. Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho penal mexicano. Ed. Porrúa. México, 1995.
6. Céspedes, Guillermo. América Latina colonial hasta 1650. Ed. Secretaría de Educación Pública (SEP). México, 1986.
7. Cortés Ibarra, Miguel Angel. Derecho Penal. (Parte general). Cárdenas editor y distribuidor. Baja California, México. 1992.
8. Cuello Contreras, Joaquín. Culpabilidad e imprudencia. Coed. Ministerio de Justicia/Secretaría General Técnica. Madrid, 1990.
9. Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Parte general. Ed. Bosch. Barcelona, 1985.
10. Díaz de León, Marco Antonio. Código Penal Federal con Comentarios. Ed. Porrúa. México, 1977.
11. Flores Caballero, Romeo. "Etapas del desarrollo industrial". En: Flores Caballero, Romeo, *et al.* La economía mexicana en la época de Juárez. Ed. Secretaría de Educación Pública (SEP). México, 1993.
12. Forgas, Ronald H. y Melamed E. Lawrence. Perception: a cognitive -stage approach. McGraw-Hill Inc, Nueva York. EUA. 1990.
13. Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Ed. Porrúa Mexico, 1993.

14. Garrido López, Diego. La crisis de las telecomunicaciones. Ed. Fundesco. Madrid, 1989.
15. Gómez Benítez, José Manuel Teoría jurídica del delito. (Parte general). Ed. Civitas. Madrid, 1988.
16. Ibarrola, Antonio de. Cosas y sucesiones. Ed. Porrúa. México, 1991.
17. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Coed. Instituto de Investigaciones Jurídicas/ Editorial Porrúa. México, 1989.
18. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de derecho penal, tomo III. Ed. Losada. Buenos Aires, 1964.
19. Jiménez de Asúa, Luis. La ley y el delito. Ed. Temis. Colombia, 1984.
20. Jiménez Huerta, Mariano. Derecho penal mexicano. Tomo I: Introducción a las figuras típicas. Ed. Porrúa. México. 1977.
21. Krause, Keith. Arms and the State: Patterns of Military Production and Trade. Ed. Cambridge University Press. Gran Bretaña, 1992.
22. Labrouse, Alain. La droga, el dinero y las armas. Siglo XIX Editores. México, 1993.
23. Márquez Piñero, Rafael. Derecho penal, parte general. Ed. Trillas. México, 1986.
24. Mascareñas, Carlos E. Nueva enciclopedia jurídica. Ed. Francisco Seix S.A. Madrid, 1956.
25. Mir Puig, Santiago. Derecho penal. Parte general. Ed. PPU, S.A. Barcelona, 1996.
26. Moyano Pahissa, Angela; Velasco, Jesús y Suárez Arguello, Ana Rosa. EUA: Síntesis de su historia. Tomo I. Coed.: Instituto Mora/ Alianza Editorial Mexicana. México, 1988.
27. Muñoz Conde, Francisco. Teoría general del delito. Ed. Temis. Colombia, 1990.
28. Nando Lefort Víctor Manuel. El lavado de dinero. Nuevo problema para el campo jurídico. Ed. Trillas. México, 1997.

29. Novoa Monreal, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno. Ed. Jurídica. Chile, 1960.
30. Orellana Wiarco, Octavio Alberto Teoría del delito. Sistemas causalista y finalista. Ed. Porrúa. México, 1998.
31. Papalia E, Diane y Wendkos, Sally. Human Development. Ed. Mac Graw Hill, Inc. USA, 1991. Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho penal mexicano. Ed. Porrúa. México, 1994.
32. Pavón Vasconcelos, Francisco H. Ensayo sobre la tentativa. Ed. Porrúa. México, 1974.
33. Plata, Roberto. "Recursos de Información Especializada". CICH-UNAM. México, 1995.
34. Polaino Navarrete, Miguel. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Barcelona, 1990.
35. Porte Petit Candaudap, Celestino. Importancia de la dogmática jurídico-penal. Ed. Porrúa. México, 1982.
36. Porte Petit, Celestino. Programa de la parte general del Derecho Penal. Ed. Porrúa. México, 1967.
37. Rabasa, Emilio O. y Caballero, Gloria. Mexicano, esta es tu Constitución. Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa. México, 1996.
38. Reyes, Echandía, Alfonso. La tipicidad. Ed. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 1981.
39. Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Curso de derecho mercantil. Tomo I. Ed. Porrúa. México, 1957.
40. Romero Silva, Raúl. Análisis jurídico del lavado de dinero. Tesis de licenciatura en Derecho. México, 1997.
41. Sánchez Tejerina, Derecho Penal. Ed. Abelardo Perrot. Buenos Aires, 1950.
42. Soler, Sebastián. Derecho penal argentino. Buenos Aires, 1969.
43. Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI). The Arms Trade with the Third World. Humanities Press Inc. Suecia, 1991.

44. Urbina Nandayapa, Arturo. Los delitos fiscales en México. Vol. 5: Paraísos fiscales y lavado de dinero. Ed. Sistemas de Información contable y administrativa computarizados S.A. de C.V. México, 1997.
45. Valadéz, Jose Carlos. El porfirismo: historia de un régimen. Tomo II: El crecimiento. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). México, 1987.
46. Vallet de Goystisolo, Juan. Metodología jurídica. Ed. Civitas. México, 1988.
47. Varios. Enciclopedia jurídica Omeba. T. XX Ed. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, S. A.
48. Vela Treviño, Sergio. Antijuridicidad y justificación. Ed. Trillas. México, 1990.
49. Villalobos, Ignacio. Dinámica del delito. Ed. Jus. México, 1955.
50. Wiesel. Importancia de la dogmática jurídico penal. Ed. Andrés Bello. Caracas, 1945.

Bibliografía consultada:

1. Antony, Serge y Ripoll, Daniel. El combate contra el crimen organizado en Francia y en la Unión Europea. Ed. Procuraduría General de la República. México, 1996.
2. Bettinger Barrios, Herbert. Paraísos fiscales. Fondo Editorial ISEF. México, 1997.
3. Castañeda Jiménez, Héctor F. Aspectos socioeconómicos del lavado de dinero en México. Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 1991.
4. Cuisset, André. La experiencia francesa y la movilización internacional en la lucha contra el lavado de dinero. Ed. Procuraduría General de la República. México, 1996.

Hemerografía:

1. Chesnais, François. "La globalización y el estado del capitalismo a finales del siglo". En la revista: Investigación económica. No. 215; enero-marzo de 1996.
2. Lafuente, Carlota. "Las rutas de la droga" en: *El País Semanal*. 17 de mayo, 1998.
3. Perdomo, Rafael. "El narcotráfico en México". En la revista Memoria. México, Agosto 1996.
4. Poder Legislativo Federal (LVI Legislatura). *Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos*. Año II. Número 18. México, D. F. Lunes 29 de abril de 1996.

Documentos:

1. Organización de las Naciones Unidas (ONU). "Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas." (Convención de Viena). Ed. Organización de las Naciones Unidas (mimeo). 1988.
2. "Paraísos fiscales". Dirección internet: [http:// uniset. School/.html](http://uniset.School/.html).

Legislación consultada:

1. Código Penal para el D.F en materia común y para toda la república en materia federal.
2. Código Penal de 1871. Ed. Información Legislativa Mexicana, S.A. de C.V. México, 1991.
3. Código Penal de 1931. Ed. Información Legislativa Mexicana, S.A. de C.V. México, 1991.

4. Código Fiscal de la Federación. Ed. Información Legislativa Mexicana. S.A. de C.V. México, 1991.
5. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Miguel Ángel Porrúa. México, 1998.

Asistencia a eventos:

1. Coloquio Binacional sobre "Lavado de Dinero" (Francia-México). Sede: Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, enero-abril, 1997.
2. Conferencia: Operaciones con recursos de procedencia ilícita (Lavado de dinero). Sede: Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República. México, 20 de febrero, 1998.