

308909

59  
24.



**UNIVERSIDAD PANAMERICANA**

**FACULTAD DE DERECHO**

Con estudios incorporados a la Universidad Nacional  
Autónoma de México

Análisis Jurídico del Artículo 400 Bis del  
Código Penal Federal:  
"Lavado de Dinero"

**T E S I S**

PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE:

**LICENCIADO EN DERECHO**

QUE PRESENTA EL ALUMNO:

**ANDRES JESUS YUREN BAQUEDANO**

DIRECTOR DE TESIS:

**LIC. GONZALO URIBARRI CARPINTERO**

MEXICO, D. F.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

1997



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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.

A Dios nuestro Señor, por su infinita bondad.

A mis padres por su amor, ejemplo y dedicación.

A mis hermanos Clau, Tato, Rocío y Luis.

A mis futuros abogados, Ana, Ander y Mariana.

A mis amigos y compañeros durante mis  
estudios de Derecho, muy  
especialmente a:

María Inés Larrazabal

María Luisa Orejas

Jaime Borja

Fernando García de Luca

Francisco Escutia

Agustín Leautaud

Carlos Gómez Palacios †

A Beatriz y Juan Pablo Saenz, por el tiempo que tomé prestado de Pablo.

Al Doctor Roberto Ibáñez Mariel y al Licenciado Gonzalo Uribarri Carpintero por su invaluable apoyo.

**INDICE**

<b>Introducción.....</b>	<b>1</b>
--------------------------	----------

**CAPÍTULO I "Análisis del tipo legal a través del Modelo Lógico Matemático"**

1.- El Tipo Legal como figura descriptiva de conductas antisociales.....	14
2.- El Modelo Lógico Matemático como herramienta de análisis del Tipo Legal.....	20
3.- Contenido y Clasificación del Tipo Legal.....	24
4.- Análisis Lógico Matemático de los Subconjuntos del Tipo Penal.....	26
a) Deber Jurídico Penal (N).....	26
b) El Bien Jurídico (B).....	28
c) Sujeto Activo (A1,A2,A3,A4,A5).....	30
D) Sujeto Pasivo (P1,P2).....	39
E) El objeto Material (M).....	41
F) Kernel (V1,V2,I1,I2,R,E,G,S,F).....	42
G) Lesión o puesta en peligro del Bien Jurídico (W1,W2).....	47
H) Violación del deber Jurídico Penal (V).....	50
5.- Aplicación del modelo lógico matemático en el derecho adjetivo vigente, en el fuero común y en el fuero federal.....	51

**CAPÍTULO II "Comentarios en torno al artículo 400 bis, del Código Penal Federal."**

1.- El lavado de dinero y su investigación frente al proceso penal.....	55
2.- Análisis del artículo 400 Bis a la luz del Modelo Lógico Matemático.....	66
a) El deber Jurídico Penal.....	66
b) Bien Jurídico tutelado.....	67
c) Sujeto activo.....	71
d) Sujeto Pasivo.....	81
e) Objeto Material.....	84
f) Voluntad Dolosa.....	87
g) Actividad.....	88
h) Resultado Material.....	93
i) Medios.....	94
j) Referencia espacial.....	95
k) Lesión de los bienes jurídicamente tutelados.....	98
l) Violación del deber jurídico Penal.....	100

**CAPÍTULO III "Disposiciones de Carácter General emitidas por la autoridad hacendaria orientadas al combate y detección de operaciones con recursos de procedencia ilícita"**

1.- Necesidad de las Disposiciones de Carácter General.....	103
2.- Definiciones establecidas en las Disposiciones de Carácter General .....	107
3.- De la identificación de los Clientes.....	112
4.- Reporte de Operaciones Sospechosas y Relevantes y elaboración de Manuales.....	115
5.- El secreto bancario en relación al las Disposiciones de Carácter General.....	122
6.- Capacitación y Difusión.....	125
7.- Sanciones contempladas por las Disposiciones de Carácter General.....	126
8.- Comentarios Generales a las Disposiciones.....	128
9.- Objetivo de las Disposiciones de Carácter General en relación con el Código Penal Federal vigente.....	133
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>145</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>151</b>

## **Introducción**

Hoy día, en un mundo globalizado, el acercamiento entre los pueblos es la regla, no la excepción. Sin embargo, a pesar de los grandes beneficios que ha generado la globalización, también ha acarreado ciertos problemas inherentes a este fenómeno.

Las nuevas estructuras financieras del mundo se han visto condicionadas y a la vez aceleradas por la aparición de los modernos sistemas de telecomunicación. Por este conducto las operaciones financieras, transferencias de valores, decisiones de inversión, entre muchos otros procesos, se realizan hoy en segundos, entre las diferentes plazas bursátiles del mundo.

Lo anterior ha creado mayores oportunidades de crecimiento e inversión a largo plazo para todos los países, pero desafortunadamente también ha generado mayor fragilidad en las economías por la "volatilidad" de los mercados bursátiles.

Los problemas que se presentaron en la década de los ochenta, por la moratoria de los países en vías de desarrollo, debido al incremento

en las tasas de interés que rigen mundialmente, nos hicieron ver de pronto que la economía mundial era una sola. La crisis financiera en México de finales de 1994 se encargó de confirmarlo. Un problema en un mercado financiero importante implica necesariamente un problema en todos los mercados bursátiles del mundo.

Uno de los problemas, acarreados por el acercamiento de los pueblos y la nueva estructura financiera mundial, es el espacio que se abre a complejas organizaciones criminales, cuya capacidad de operación no respeta fronteras, para la comisión de nuevos delitos.

El mundo se ha visto amenazado por el crecimiento de grupos criminales que, aprovechando el alto rendimiento económico consecuencia de sus actividades ilícitas han logrado, incluso, poner en entredicho la capacidad de los Estados para enfrentarlos y detener su desarrollo.

La expresión más importante del crimen organizado es, sin duda, el narcotráfico; sin embargo, la más compleja, es el lavado de dinero, pues si aquél requiere una organización empresarial, éste, es decir, el lavado

de dinero, demanda capacidad empresarial con alta eficiencia y pleno conocimiento de los mercados financieros y bursátiles.

El desarrollo del sistema global financiero ha abierto "oportunidades enormes" para esconder y transferir fondos rápidamente, dificultando el seguimiento y control de los recursos ilícitos.

De la misma forma, a través de las alianzas informales con negocios legítimos, los grupos criminales obtienen grandes ventajas, con consecuencias seriamente debilitantes para la economía lícita, sobre todo en los países en desarrollo. "Se estima, por ejemplo, que US\$ 30.000 millones provenientes de la venta ilegal de drogas fluyen anualmente a los carteles colombianos, amenazando la estabilidad de la moneda y la actividad productiva nacional, y aumentando el riesgo de la inversión especulativa."<sup>1</sup>

La delincuencia organizada genera enormes ganancias a sus autores, siendo su mayor preocupación el poder aprovecharlas libremente, sin mostrar su procedencia ilícita.

---

<sup>1</sup> Este dato fue tomado del Informe denominado "Control del Producto del Delito", preparado para la 5ª Sesión de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, reunida en Viena, Austria; Mayo de 1997. Sobre el particular vale la pena destacar que existen diversas opiniones (declaraciones de prensa, artículos etc.) relativas a este dato.

Estas ganancias ilícitas provienen de actividades tales como la droga, extorsión, juegos clandestinos, prostitución, entre otras, de las organizaciones criminales, obteniéndose la mayor parte con el tráfico de drogas. Cerca de este principal sector tradicional de las organizaciones criminales, han surgido nuevas fuentes de ingresos ilícitos, de las cuales algunas cuentan con un desarrollo sólido. Entre otras, de las operaciones fraudulentas que generan ingresos cuantiosos encontramos:

- la ayuda humanitaria
- la venta de materiales y tecnologías nucleares
- el fraude en la informática
- la especulación ilícita en los mercados bursátiles.

Se sobre entiende que el lavar recursos, es porque su origen es "sucio", eso quiere decir que, dejados tal y como se encuentran, son susceptibles de evidenciarse a los autores de uno o varios delitos, así como el aseguramiento de dichos recursos por parte del Estado.

El objetivo de "lavar dinero" es el disimular o justificar, por varias formas y procedimientos, utilizando el mundo de los negocios lícitos, de

tal suerte que los recursos ilícitos se puedan invertir y generar ganancias, con toda impunidad, dentro de los circuitos financieros o económicos ilícitos.

Curiosamente, el término de "lavado" tiene su origen en la época del mafioso americano Meyer Lanski, bien conocido en el tiempo de la prohibición, quien había creado en Nueva York toda una cadena de "lavanderías" que servían para lavar fondos provenientes de la explotación de casinos ilegales. Era suficiente el poner las cantidades importantes de efectivo que recogía gracias a sus casinos, dentro de la caja de sus cadenas de "lavanderías" con la finalidad de ingresar esos fondos dentro del circuito bancario, justificando así ante la sociedad y ante el Estado el origen de sus recursos.

El fenómeno del lavado de dichos recursos está íntimamente ligado a la evolución de la criminalidad internacional. Esta noción aparece en los años ochenta, cuando los medios de información insistían sobre las escandalosas ganancias provenientes del tráfico de drogas, las cuales, de alguna manera se escondían a la curiosidad de los investigadores.

La lucha contra estas nuevas formas de delincuencia organizada ésta enfocada cada vez más a iniciarse dentro de los sistemas financiero mundiales, los cuales involuntariamente dificultaran esta labor debido a las grandes sumas manejadas a nivel internacional, volviéndose un obstáculo casi infranqueable a las investigaciones debido al océano de transferencias automáticas que día con día se realizan de un país a otro.

Estudios realizados han evaluado que el monto de dinero sucio se eleva por lo menos a cantidades de miles de millones de dólares al año, de los cuales una mitad proviene del tráfico de drogas.

Además, los dirigentes de estas empresas del crimen ya no se dedican únicamente a actividades ilícitas aparentes, sino que se abocan a la percepción y gestión de reinversión de las ganancias en nuevos negocios, de los cuales algunos serán lícitos, pero en su mayoría serán negocios que en un punto u otro estarán fuera de la ley, generando de esta forma un círculo vicioso, el cual va incrementando el poder económico de estas organizaciones criminales.

Una de las formas en las que se podrá prevenir el lavado de dinero es siguiendo los flujos financieros, pues de esta manera los servicios de

investigación y de persecución del delito podrán identificar a los responsables de estas organizaciones.

"Desde hace algunos años se ve la aparición de verdaderas empresas criminales transnacionales con formas muy elaboradas que pueden ir desde los cárteles colombianos hasta las de las *controladoras* de la *Mafia* italiana, de las *tríadas* chinas a las mafias rusas."<sup>2</sup>

En palabras de un juez italiano llamado Giovanni Falcone, quien fue asesinado en 1992: "La lucha contra el lavado de dinero y la ayuda judicial internacional tienen una importancia primordial dentro del arsenal de las medidas destinadas a combatir el crimen organizado."

Aunque el lavado de dinero es un delito de cuello blanco y por ende no violento, generalmente es la última fase de una sucesión de delitos violentos. Sucede así, por ejemplo, en el tráfico de armamento, corrupción de instituciones, naturalmente en el narcotráfico y en el caso del secuestro.

---

<sup>2</sup> Cuisset, André, "La Experiencia Francesa y la Movilización Internacional en la Lucha Contra el Lavado de Dinero"; Procuraduría General de la República, Primera Edición, México D.F., México 1996; Pag. 17

Con su inmenso poder de corrupción, las organizaciones transnacionales delictivas han comenzado a participar activamente en los programas de privatización que se desarrollan por los Estados. Dichas organizaciones delictivas organizadas están comprando instituciones de servicios que anteriormente eran propiedad del Estado y súbitamente podrían empezar a controlar, si no se aplican rápidamente medidas eficaces de prevención, no sólo empresas, sino también países. Así lo advirtió el informe denominado "Control del Producto del Delito", preparado para la 5ª Sesión de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, reunida en Viena, Austria, en mayo de 1997.

La Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, es la instancia de las Naciones Unidas encargada de asesorar a los gobiernos en materia de crimen y justicia. Establecida en 1992, la Comisión tiene como objetivo desarrollar el programa de las Naciones Unidas de prevención del crimen, movilizar el apoyo de los gobiernos a este esfuerzo y coordinar las actividades de las organizaciones regionales e interregionales en este campo y el de la justicia penal.

La Comisión está integrada por 40 países, 8 de los cuales son latinoamericanos (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, México,

Nicaragua y Paraguay). Sus áreas prioritarias de trabajo son: el crimen nacional e internacional; el delito económico, incluyendo el lavado de dinero.

Pocos gobiernos cuentan con mecanismos de control adecuados para identificar y localizar las operaciones de lavado de dinero. Aunado a esta deficiencia, tenemos el problema de las instituciones financieras, en las cuales ocasionalmente (sin que esto sea la regla general) se encuentran algunos funcionarios que ceden a la tentación de una lucrativa complicidad, la cual en combinación a las millones de transferencias electrónicas dan como resultado una vulnerabilidad de las instituciones financieras, y por lo tanto que al Estado se le dificulte estas actuaciones que laceran la economía nacional.

En los últimos años, el crimen organizado ha cambiado cualitativamente, **convirtiéndose en una verdadera "nueva forma de geopolítica" que amenaza la seguridad nacional e internacional.** Las organizaciones criminales llevan a cabo sus actividades en lo que para ellos es "un mundo sin fronteras", mientras que las fuerzas de la ley están limitadas por la necesidad de respetar dichas fronteras.

Haciendo uso del vasto incremento del comercio global, de la movilidad personal y de las comunicaciones de alta tecnología, el delito transnacional se ha convertido en una "nueva forma de geopolítica", aprovechando la debilidad política y el resquebrajamiento de autoridad en muchos países desde fines de los años ochenta.

Como se ha mencionado, los prototipos de las actividades criminales son el contrabando y el tráfico de drogas, de armas, de vehículos robados, de inmigrantes ilegales y de mujeres y niños para la prostitución. Entre los servicios proporcionados por los criminales internacionales figuran los juegos ilegales, documentos falsificados, asesinatos por encomienda, la manipulación ilícita de desechos tóxicos, las tarjetas de crédito fraudulentas y la usura.

En las condiciones actuales, los criminales gozan de algunas ventajas sobre los Estados. Cuentan con una agenda clara y sencilla: elevar las ganancias al máximo, mientras las autoridades de los Estados deben contrapesar sus acciones con consideraciones diversas, entre ellas el respeto a los derechos humanos y el cuidado por no obstaculizar el comercio legítimo.

Ante lo expuesto, México ha sido sensible al problema que se ha planteado en los foros Internacionales, y a últimas fechas dicha preocupación ha sido permeada a nuestros órganos legislativos, los cuales en un esfuerzo digno, han intentado, a través de un marco jurídico, el evitar que tenga justificación el uso de recursos provenientes de la actividad criminal, o que estos recursos se disfracen de legítimos.

En este sentido, el 9 de mayo de 1996, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, una reforma sustancial al artículo 400 bis del Código Penal Federal, el cual tipifica la conducta que coloquialmente conocemos como "lavado de dinero".

Posteriormente, el 7 de noviembre del mismo año, fue emitida la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, la cual vino a reafirmar la intención de México de combatir esta conducta.

Finalmente en marzo de 1997, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público emitió mediante publicación del Diario Oficial, una serie de Disposiciones de Carácter General, destinadas a Instituciones Integrantes del Sistema Financiero (Instituciones de Crédito, Casas de Bolsa y Casas de Cambio, entre otras) en relación con la problemática generada por la

utilización de estas como herramienta para "lavar dinero". De ahí que estas disposiciones no solo buscan el detectar, sino prevenir el que se ejecuten operaciones con recursos, derechos o bienes que son producto de alguna actividad ilícita.

Respecto al presente estudio hay que destacar que solo se referirá al marco jurídico nacional, por lo que no se abordará el aspecto internacional. También se advierte que a pesar de que la conducta de lavado de dinero ésta vinculada a muchas otras consideraciones, como pueden ser de índole hacendario, económico y político, este estudio sólo se concentra al análisis jurídico de la conducta por virtud de la cual el legislador ha tipificado el lavado de dinero. Puntualizando lo antes dicho, el presente estudio sólo se limitará al análisis jurídico del Artículo 400 bis del Código Penal Federal vigente, así como su vinculación a las Disposiciones de Carácter General que en relación al mismo fueron emitidas por La Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Una vez dicho lo anterior, pasaremos a la explicación del método de estudio de la presente exposición:

En el capítulo primero, se expone y explica el Modelo Lógico Matemático, el cual es el método utilizado para el análisis del tipo legal concerniente a este estudio.

En el capítulo segundo, se procede a la aplicación del Modelo Lógico Matemático al tipo legal establecido en el Artículo 400 bis del Código Penal Federal, el cual se refiere al "lavado de dinero".

El capítulo tercero hace referencia a las Disposiciones de Carácter General emitidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en relación a la utilización del sistema financiero nacional como herramienta para el lavado de recursos, derechos y bienes procedentes o fruto de una actividad delictiva.

## CAPÍTULO PRIMERO

### **Análisis del tipo legal a través del Modelo Lógico Matemático**

#### 1.- El Tipo Legal como figura descriptiva de conductas antisociales.

El tipo legal es un figura jurídica elaborada por el legislador, por medio de la cual se **describen** conductas que por su naturaleza y características han sido calificados por la comunidad como antisociales. Dichas conductas son contempladas como antisociales por el daño que causan a uno o a varios bienes jurídicos valorados y apreciados por la comunidad.

La conducta antisocial se manifiesta a través de una acción o de una omisión, la cual estará descrita y sancionada por una norma jurídica, puesto que dicha conducta daña a un orden social regido por el marco de un Estado de Derecho.

En un sistema de derecho positivo, el tipo legal brindará su protección y tutela a diversos bienes jurídicos a través de una descripción

de conductas antisociales, y con dicha finalidad el legislador cataloga las conductas, y las plasma en forma semántica en una norma.

En relación a lo anterior, cabe destacar que un evento antisocial constituye un delito, únicamente cuando dicha conducta se encuentra descrita previamente en una norma, la cual debe de describirla y sancionarla con una pena. Existe, por lo tanto, una secuencia fáctica y jurídica que se debe cumplir con objeto de llegar al universo del delito.

Dicha secuencia es como sigue:

**Primero**, la fuente real, la cual se constituye con la conducta antisocial que daña o pone en peligro al bien jurídico;

**Segundo**, la norma, la cual describe y sanciona a través del tipo legal una conducta antisocial (norma que describe y cataloga conductas); y

**Tercero**, el delito, el cual adecua la conducta antisocial ejecutada a un tipo legal, motivándose el juicio de reproche al autor de la misma por la ejecución de esta. Dicho de otro modo, el delito es la culpable concreción de un tipo legal.

Dicha secuencia dará vida al principio de legalidad, contemplado en nuestra Constitución Política a nivel de garantía individual a través del artículo 14. Dicho principio se expresa de la siguiente manera: "Nullum crimen, nullum poena, sine lege" lo cual significa que no hay delito ni pena sin que antes lo determine la Ley Penal.

Así pues, la conducta antisocial es el hecho constitutivo de un delito. El hecho constitutivo del delito demuestra, de acuerdo a lo antes señalado, que una parte de su contenido surge al momento de ejecutarse la acción o la omisión, y otra parte del mismo existe en el mundo de la normatividad antes de la realización de la conducta.

La parte que surge al momento de la ejecución de la conducta tendrá la característica de dañar al bien jurídico, o ponerlo en peligro, y en este momento encontraremos la violación al deber jurídico penal impuesto en la norma, lo que debe ser reprochable a su autor.

La parte preexistente a la conducta (la norma), no tendrá las características antes señaladas pues es solo la norma que prevé la hipótesis para garantizar una sana convivencia social.

Esta observación nos permite hacer una clara diferencia entre el contenido de la conducta, dentro de la cual se ubican los llamados **"ELEMENTOS"** del delito, y el contenido que preexiste a la misma, a los que se les ha llamado: **"PRESUPUESTOS"** del delito (los presupuestos del delito como contenido de la norma).

Tal y como señala la maestra Olga Islas, los **PRESUPUESTOS** del delito son la tipicidad y la atipicidad. De igual manera, la jurista mexicana señala que dichos **PRESUPUESTOS** del delito son antecedentes plasmados en un marco normativo, el cual tipifica conductas concretas ejecutadas en el mundo fáctico, que constituyen un delito.

Estas conductas típicas requieren de una serie de antecedentes fácticos previstos en el tipo legal los cuales constituyen **PRESUPUESTO** y son:

El deber Jurídico Penal

El Bien Jurídico típico

El Sujeto Activo Típico, con su semántica específica:

-)Voluntabilidad

-)Imputabilidad

- )Calidad de Garante
- )Calidad específica
- ) Pluralidad específica

Sujeto pasivo típico, y su semántica específica:

- ) Calidad específica
- ) Pluralidad específica

El Objeto Material típico

Los **PRESUPUESTOS** del delito, los cuales como hemos mencionado antes, se encuentran en el mundo normativo y se aprecian a partir del mundo fáctico que se prevé en el tipo, se adecuan a los elementos del tipo legal, mismos que les dan su denominación y determinan su contenido particular.

De acuerdo a lo anterior, los presupuestos del delito deben necesariamente coincidir, en su semántica, a la correspondiente de los elementos integradores del tipo legal. Si no se satisface este requisito, es decir que hubiera la ausencia de alguno de los presupuestos típicos, y por lo tanto esta coincidencia necesaria no se diere, estaremos ante una

hipótesis de atipicidad (conducta que no encaja en la figura descrita por el legislador).

De lo anterior se desprende que habrá atipicidad cuando falte:

Deber Jurídico Penal

Bien Jurídico Típico

Sujeto Activo Típico

Sujeto Pasivo Típico

Objeto Material.

Ahora pasaremos al estudio de los **ELEMENTOS** del delito, los cuales se observan en la conducta ejecutada, y adecuados al tipo legal, permiten que se concrete la conducta dentro de los Subconjuntos del tipo legal, y a los cuales se asocia el conjunto de culpabilidad para conformar el conjunto denominado delito.

Los **ELEMENTOS** del delito son:

Kernel Típico, el cual se integra por:

-) Conducta, la cual debe estudiarse a partir de la culpabilidad, pues puede haber a su vez:

-) Voluntad dolosa o voluntad culposa

y

-) Actividad o inactividad

-) Resultado Material

-) Medios

-) Referencia temporal

-) Referencia espacial

-) Referencia de ocasión

Lesión o puesta en peligro del bien jurídico típico

Violación del deber jurídico penal

Culpabilidad

## 2.- El Modelo Lógico Matemático como herramienta de análisis del Tipo Legal

De lo antes expuesto queda claro que para poder cumplir con la secuencia fáctica que nos conduce al universo del delito, será necesario

el integrar a los ELEMENTOS y a los PRESUPUESTOS del delito en una sola unidad. A fin de lograr dicha Integración, una ingeniosa herramienta jurídica ha sido creada, la cual mediante un análisis reduce a los ELEMENTOS y a los PRESUPUESTOS del delito, así como a sus subelementos, en unidades lógico-jurídicas las cuales se denominan Subconjuntos. Esta herramienta es el Modelo Lógico Matemático.

El Modelo Lógico Matemático permite al Jurista el analizar el contenido del tipo legal, así como la realización de la secuencia fáctica que conduce al universo del delito. Esta herramienta hoy se utiliza para dar vida al Derecho Penal Adjetivo, cuyo fin, a su vez, es dar vida al Derecho Penal Sustantivo, dicho de otro modo, que el Derecho Penal Sustantivo se aplique.

Para efectos prácticos, el Modelo Lógico Matemático ha otorgado una nomenclatura específica a cada uno de los Subconjuntos así como a sus elementos. La nomenclatura es la que sigue:

Deber Jurídico Penal= N

Bien Jurídico= B

Sujeto Activo:

Voluntabilidad=A1

Imputabilidad=A2

Calidad de garante=A3

Calidad específica=A4

Pluralidad específica=A5

Sujeto pasivo:

Calidad específica=P1

Pluralidad específica=P2

El Objeto Material típico=M

Kernel:

Voluntad dolosa=V1

Voluntad culposa=V2

Actividad=I1

Inactividad=I2

Resultado Material=R

Medios=E

Referencia temporal=G

Referencia espacial=S

Referencia de ocasión=F

Lesión del bien jurídico =W1

Puesta en peligro del bien jurídico=W2

Violación del deber jurídico penal=V

Culpabilidad=X1

Estos Subconjuntos y su nomenclatura, hacen posible dar definiciones estructurales de cada uno de los diferentes tipos legales. El concretizar los hechos en estas definiciones estructurales, permite al Jurista el lograr la secuencia fáctica que conduce al universo del delito, sin permitir que se pierda la objetividad, y se respete en todo momento la garantía de Seguridad Jurídica que en materia penal consiste en la exacta aplicación de la Ley Penal.

Con los Subconjuntos y elementos de los tipos legales, se construye una fórmula o estructura general, con la cual se logra observar si la conducta ejecutada se ensambla dentro de la estructura del tipo a partir del análisis lógico matemático que permite ubicar los subconjuntos y elementos del tipo que se dan en la hipótesis junto con los presupuestos.

Dicha estructura general se expresa con la nomenclatura de los subconjuntos y elementos otorgada por el Modelo Lógico Matemático, y que integran el tipo legal.

Esta herramienta permite con precisión ver si los subconjuntos presentes integran los conjuntos, esto es, los **PRESUPUESTOS** y **ELEMENTOS** del delito:

$$\text{TIPO} = \{(N \ B \ (A1+A2+A3+A4+A5)(P1+P2) \ M)\} \\ \{(J1+J2) \ (I1+I2) \ R(E+G+S+F) \ ((W1+W2) \ V)X1\}$$

### 3.- Contenido y Clasificación del Tipo Legal

El contenido del tipo legal se analiza a través del Modelo Lógico Matemático. Dicho contenido es la descripción de una conducta antisocial, y debe de incluir los elementos necesarios y suficientes para brindar una auténtica protección a los bienes jurídicos valiosos para la sociedad.

El análisis de dicha descripción nos conduce a encontrar dentro de la misma, las **unidades lógico-jurídicas** definidas en el inciso anterior como Subconjuntos y sus respectivos elementos, y posteriormente nos permiten ubicar los **PRESUPUESTOS** del delito.

Los Subconjuntos pueden ser clasificados en dos formas:

La primera clasificación atiende a la función que hace el legislador al momento de crear al tipo legal. En el proceso de creación del tipo, el legislador en algunas ocasiones valora y en otras solamente describe. Por tal motivo, habrán elementos valorativos y elementos descriptivos dentro de un tipo legal. Los Subconjuntos valorativos del tipo son el deber jurídico penal (N) y la violación del deber jurídico (V). Todos los demás Subconjuntos serán descriptivos: el bien jurídico (B), el sujeto activo (A1, A2, A3, A4, A5), el sujeto pasivo (P1, P2), el objeto material (M), el Kernel (V1, V2, I1, I2, R, E, G, S, F).

La segunda clasificación divide a los Subconjuntos en subjetivos y en objetivos, la voluntad dolosa y la voluntad culposa son elementos subjetivos, mientras que todos los demás serán clasificados como objetivos.

Los Subconjuntos que integren a cada tipo legal establecerán semejanzas y diferencias entre ellos.

Los tipos legales serán semejantes entre sí en los siguientes aspectos:

(I) Todos tienen un contenido que resulta necesario y suficiente para garantizar la seguridad y salvaguarda de determinado bien jurídico; y

(ii) En todos los Tipos, el contenido antes descrito se plasma en los Subconjuntos antes mencionados.

Por otro lado, los tipos legales son diferentes entre sí porque:

(i) Incluirán únicamente los Subconjuntos necesarios y suficientes para garantizar determinado bien jurídico, el cual es variable en cada tipo;

(ii) la semántica utilizada en la descripción del tipo dependerá también del bien jurídico que específicamente se pretenda proteger.

#### 4.- Análisis Lógico Matemático de los Subconjuntos del Tipo Penal

Dentro de los **PRESUPUESTOS** del delito encontramos:

##### a) Deber Jurídico Penal (N)

Para la posible existencia de todo orden social, es necesario la creación de un sistema normativo que indique los parámetros y límites de las conductas de sus integrantes. Dicho sistema normativo deberá siempre estar basado en una convicción social que define lo que es aceptable de

lo que no es aceptable e incluso lo que es sancionable. En este sentido es el legislador quien trae a su espectro de atención aquellas expresiones humanas que dañan o ponen en peligro el orden social, y quien a través del proceso legislativo reconoce implícitamente esa expresión humana y la incorpora a un tipo legal. En otras palabras, esa expresión humana deja de ser indiferente al derecho punitivo y lo convierte en un deber jurídico penal.

El deber jurídico penal es la prohibición o mandato categóricos contenidos en un tipo legal. Por su naturaleza, se debe destacar que dicho elemento es valorativo, mismo que se expresa, tal y como se desprende de la definición, en forma de mandato o de prohibición. En su expresión como prohibición el deber jurídico será la abstención de realizar cierta conducta, es decir una omisión. En su expresión como mandato, el deber jurídico será referido a la obligación de actuar en cierta manera, es decir una acción, que es exigida.

Sin embargo se debe señalar que toda prohibición encierra en sí misma un mandato, pues si se está prohibiendo una acción, se está mandando una omisión. En sentido inverso, si se prohíbe una omisión, estaremos en presencia de una obligación de actuación.

La expresión concreta del deber jurídico penal, ya sea como mandato o como prohibición, en el ordenamiento penal vigente, hacen posible la aplicación extensiva de la ley penal, fortaleciendo de esta manera el principio de legalidad, *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, consagrado en el Artículo 14 Constitucional, a nivel de garantía individual.

b) El Bien Jurídico (B)

El Derecho Penal tiene como fin el tutelar los intereses que son valiosos para una sociedad, ya sea en forma individual o colectiva. Dichos intereses son reconocidos por el legislador y a través del proceso legislativo son protegidos con una norma jurídica. Es decir, dichos intereses son preexistentes a la norma jurídica que los protege.

En este sentido, el bien jurídico es precisamente el concreto interés social o colectivo, protegido por el tipo legal.

De lo anterior se desprende la importancia de este elemento del tipo, pues es precisamente este elemento el que justifica la existencia de la norma jurídica penal, pues de no preexistir al proceso legislativo un

determinado interés social o colectivo (bien jurídico), la norma jurídico penal respectiva sería una norma caprichosa y arbitraria.

Es a partir del "bien jurídico" que se desprenden o derivan las conductas lícitas, que tienden a ocasionar su lesión o puesta en peligro.

También se observa que es el bien jurídico el que orienta al legislador respecto a la manera en la que ha de ser protegido, es decir, es el mismo bien jurídico que determinará que elementos son los que se deben de incluir en el tipo legal para su adecuada protección. Así las cosas, el legislador determinará, a través de los elementos que incluya en el tipo, el grado de protección que se le da al bien jurídico. A mayor número de elementos la protección del bien jurídico será más endeble, pues será más difícil el reunirlos a todos, mientras que a menor número de elementos, la protección del bien jurídico será más amplia.

En relación a la punibilidad, podemos decir que esta dependerá en una estrecha relación con el valor del bien jurídico protegido que se lesiona o se pone en peligro. Es decir, en tanto sea mayor el valor del bien jurídico, más intensa deberá ser la punibilidad, y a la inversa, a menor valor del bien, también disminuirá la intensidad de la punibilidad con la que

habrá de reprochársele al sujeto activo, tomando también en cuenta los elementos de la culpabilidad que más adelante se precisan. En este sentido, si no existe bien jurídico, no podrá existir punibilidad.

### C) Sujeto Activo (A1,A2,A3,A4,A5)

El Sujeto Activo es aquella persona física que concretiza el específico contenido semántico de cada uno de los elementos incluidos en el particular tipo típico.

Tal y como se desprende de la definición, el sujeto activo será siempre una persona física, pues solo las personas físicas tienen la capacidad de concretizar los elementos de un tipo. Nunca podrá ser sujeto activo de un delito una persona moral, un animal, ni una cosa. " Únicamente el autor material, unitario o múltiple, puede ser sujeto activo. El autor mediato, el autor intelectual, el cómplice, y el autor detrás del autor, no son sujetos activos porque no concretizan el contenido semántico de los elementos del tipo legal"<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Islas Olga, *Análisis Lógico de los delitos Contra la Vida*, México, Editorial Trillas, Primera Edición, 1982 p. 20

En relación a lo anterior, nuestra legislación penal vigente nos señala quienes podrán ser autores partícipes de un delito. Dicha disposición se encuentra en el artículo 13 de Código Penal para el Distrito Federal y el cual se transcribe a continuación:

"ARTÍCULO 13.- Son autores partícipes del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización;
- II.- Los que los realicen por sí;
- III.- Los que los realicen conjuntamente;
- IV.- Los que los lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilios a otro para su comisión;
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento a una promesa anterior al delito, y
- VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo."<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> *Código Penal para el Distrito Federal*, Editorial, Ediciones Andrade, S.A., México, 1997, pág.4, Artículo 13.

De acuerdo a lo mencionado con anterioridad, el sujeto activo abarca un aspecto psíquico del delito. Este aspecto es una capacidad del autor material del delito, y por lo tanto queda incluida dentro del sujeto activo. Dicha capacidad psíquica se manifiesta en dos aspectos: la voluntabilidad y la imputabilidad.

(I) La Voluntabilidad (A1)

La voluntabilidad es la "capacidad de conocer y querer la concretización de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal (en la comisión dolosa), o bien una capacidad de conocer y querer la actividad o inactividad que, por descuido, produce la lesión del bien jurídico (en la comisión culposa.)"<sup>5</sup>

Dicho en otras palabras, la culpabilidad es de forma abstracta el conocimiento y el querer el hecho en cuestión. Lo anterior siempre y cuando la conciencia del sujeto no este anulada, pues de estarlo no habrá dicha voluntabilidad.

---

<sup>5</sup> Marquez Piñero, Rafael; *El Tipo Penal algunas consideraciones en torno al mismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1986, pág. 204

(ii) La Imputabilidad (A2)

La imputabilidad " se trata de una capacidad de culpabilidad; es decir, una capacidad de comprender la concreción de la parte objetiva valorativa del particular tipo penal, esto es capacidad de comprender la específica Ilícitud."<sup>6</sup>

Estos dos elementos, la imputabilidad y la voluntabilidad constituyen la capacidad psíquica de un delito. Esta capacidad se encuentra en el campo de la conciencia. Al hablar de conciencia estamos hablando estrictamente desde el punto de vista neuropsicológico. La conciencia desde un punto de vista neuropsicológico es el estado de vigilia (función mental), que se rige por un juicio crítico, mismo que le da a un sujeto la posibilidad de darse cuenta de sí y del mundo que lo rodea.

(iii) Calidad de Garante (A3)

La calidad de garante es una situación del sujeto activo que deriva de la relación estrecha y directa entre un bien singularmente determinado

---

<sup>6</sup> Marquez Piñero, Rafael; *El Tipo Penal algunas consideraciones en torno al mismo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1986, pág. 204

y el sujeto que tiene a su cargo el cuidado y la tutela de dicho bien.

Esta situación del sujeto activo esta regulada por el derecho penal, la cual en los tipos de omisión, señala al sujeto como aquel que tiene el deber de actuar con el fin de conservar el bien jurídicamente tutelado.

Únicamente será autor de una omisión quien previamente se coloque en una posición de garantía. La posición de garantía le origina al sujeto un deber de llevar a cabo alguna acción idónea para evitar la lesión descrita en el tipo penal, y en caso de no realizarla, la lesión ocasionada al bien jurídico le será atribuida y reprochable como si la hubiera producido directamente.

Tratándose de tipos de omisión, en los cuales no se alcanza a dar el resultado material y por lo tanto tampoco la lesión del bien jurídicamente tutelado, la calidad de garante se regula en el propio tipo, pero en aquellos en los que si se llega a concretizar el resultado material, la calidad de garante podrá ser regulada por el propio tipo penal en específico, o bien por una regla general.

En estos casos, tal y como lo señalan la Dra. Olga Islas y el Dr. Marquez Piñero, es más recomendable la utilización de una regla general, en la cual se sintetice en cuatro categorías de hechos o circunstancias de la vida, que motivan la situación de colocar al sujeto activo en una posición de garante. A saber estas cuatro categorías son:

a) Normas jurídicas extrapenales: Estas pueden ser derivadas de derecho consuetudinario o de las resoluciones de los tribunales. En estos casos dicha posición de garantía se deriva de un orden especial de la Ley.

b) Aceptación efectiva: Surge de la intervención concreta que el sujeto tenga dentro de su sociedad, es decir, el rol o actividad que desempeñe. Por ejemplo, los profesores de natación o las enfermeras.

c) Una conducta anterior peligrosa: Esta categoría se refiere a los sujetos que han puesto en peligro un bien jurídico, puede ser o no ser a través de una conducta delictiva, y por lo tanto dicho sujeto tendrá un deber de eliminar tal peligrosidad mediante una acción adecuada y directa que ponga a salvo dicho bien jurídico. Por ejemplo, el encargado de una cantina, deberá de evitar que los clientes que han consumido un exceso de alcohol, no manejen sus automóviles.

d) Especiales comunidades de vida o de peligro: En este caso el sujeto es parte de una comunidad, y tiene el deber de actuar para evitar la lesión del bien, del cual son titulares otros miembros de la comunidad. Por ejemplo un policía.

En la legislación penal mexicana no se incluye esta regla general, por esta razón la autoría de los delitos de omisión "con resultado material" quedará limitada solamente a aquellos tipos penales que expresamente lo señalan. Tal es el caso del delito de ejercicio indebido de servicio público, cuando un servidor público teniendo conocimiento por razón de su cargo de que pueda resultar gravemente afectado el patrimonio de alguna dependencia de la administración pública federal centralizada, por cualquier acto u omisión y no lo evite si esta dentro de sus facultades el poder evitarlo. En este caso la omisión del servidor público resultará en un daño directo del patrimonio (resultado material) de la dependencia pública en cuestión.

#### (iv) Calidad Específica (A4)

La calidad específica es el conjunto de características que el tipo exige para su integración, y que debido a la peculiaridad de dichas

características, se delimitan y especifican los sujetos a quienes va dirigido el deber jurídico. En otras palabras, solo aquel sujeto que reúna las características descritas en el tipo, estará obligado a cumplir con ese deber jurídico concreto descrito en dicho tipo.

En relación a lo antes dicho, podemos señalar los siguientes ejemplos:

-) el parricidio, el sujeto activo tendrá la calidad específica de ser ascendiente consanguíneo en línea recta del sujeto pasivo.

-) el abuso de confianza, en este caso la calidad específica recae sobre el sujeto activo que posee la cosa mueble ajena.

-) el abuso de autoridad, en cuyo caso el sujeto activo concretará las características de calidad específica por ser servidor público.

#### (v) Pluralidad Específica (A5)

En determinados tipos legales, se exige la existencia de un número específico de sujetos activos para la concreción de la conducta descrita.

Como ejemplo podemos señalar algunos de estos casos: la asociación delictuosa, la sedición, y el motín.

Por ejemplo en el caso del delito de asociación delictuosa, el tipo legal establece:

"ARTÍCULO 164.- Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de uno a ocho años, y de treinta a cien días multa."<sup>7</sup>

En los tipos antes mencionados, y en otros no mencionados, esta pluralidad es necesaria para concretizar el sujeto activo descrito en el tipo legal específico. De lo anterior se desprende que se hable de una autoría material múltiple.

Existen otros tipos en los que no se habla de una autoría material múltiple necesaria, se hablará entonces, de una autoría material eventual, la cual se refiere a los tipos que no están exentos de que en la realidad una autoría material múltiple suceda. Por ejemplo el homicidio o el robo.

---

<sup>7</sup> Código Penal para el Distrito Federal, Editorial, Ediciones Andrade, S.A. , México, 1997, pág.4, Artículo 164

#### D) Sujeto Pasivo (P1,P2)

"Frente al sujeto que lesiona los intereses sociales, siempre existe una persona, individual o colectiva, que resulta afectada por el perjuicio. Esta persona es titular del concreto interés lesionado, o sea, quien directamente resiente el menoscabo derivado de la conducta lesiva."<sup>8</sup>

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, y es el cuarto subconjunto del tipo, el cual se integra por dos elementos: la calidad específica y la pluralidad específica.

Es en este elemento del tipo es en quien se particulariza la ofensa inferida y se concretiza, la violación del deber jurídico penal.

La semántica del sujeto pasivo dependerá de la semántica del bien jurídicamente tutelado. En ocasiones algunos tipos, dicho sujeto pasivo se manifiesta con una calidad o pluralidad específica.

---

<sup>8</sup> Islas Olga, Ramírez Elpidio, *Lógica del Tipo en El Derecho Penal*, México, De. Jurídica Mexicana, Primera Edición, 1970, p. 56.

(I) Calidad específica del sujeto pasivo (P1)

La calidad específica en el sujeto pasivo es el conjunto de características que delimitan al sujeto titular del bien lesionado o puesto en peligro, de un tipo legal concreto, en función de la naturaleza del bien jurídicamente tutelado. En otras palabras, solo quien reúna las características descritas en el tipo legal podrá ser sujeto pasivo de dicho tipo.

Por ejemplo, para que una persona pueda ser sujeto pasivo del delito de estupro, necesariamente deberá ser una persona mayor de 12 y menor de 18 años de edad (Art. 261 del Código Penal para el Distrito Federal).

Por otro lado, si el tipo no especifica ningún tipo de calidad específica, entonces cualquier persona podrá ser sujeto pasivo del delito.

(II) Pluralidad específica del sujeto pasivo (P2)

La pluralidad específica en el sujeto pasivo se refiere a la exigencia de determinados tipos legales, de que exista una pluralidad en dicho

elemento para la adecuada integración del mismo. Por ejemplo, el delito de genocidio, donde la pluralidad del sujeto pasivo se indica en el texto del tipo:

"ARTÍCULO 149 bis.- Comete el delito de genocidio el que con propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo."<sup>9</sup>

#### E) El objeto Material (M)

El objeto material es el ente corpóreo sobre el que la acción típica surte sus efectos. Es un elemento no constante, pues no necesariamente aparece en todos los tipos legales. Este elemento se encuentra estrechamente vinculado con el Bien jurídico, pues este último se materializa precisamente en el objeto material.

En los tipos de omisión existe una carencia de objeto material, puesto que el no hacer algo no recae materialmente sobre algún ente

---

<sup>9</sup> Código Penal para el Distrito Federal, Editorial, Ediciones Andrade, S.A. , México, 1997, pág.4, Artículo 149 bis.

corpóreo. Aun más, existen tipos de acción que tampoco manifiestan objeto material alguno, como ejemplos de estos podemos señalar: la calumnia y la difamación.

A continuación pasaremos al análisis de los **ELEMENTOS** del delito:

#### F) Kernel (I1,I2,R,E,G,S,F)

En el desarrollo de la vida social, el ser humano interviene e interactúa, y con sus intervenciones modifica las condiciones del mundo que lo rodea. Dichas intervenciones se manifiestan de dos formas claramente diferentes: por acción o por omisión. Dichas acciones u omisiones pueden resultar en lesiones a los intereses de la sociedad, las cuales son percibidas por la sociedad como justificadas o injustificadas. Cuando son injustificadas, dichas lesiones serán reprochables por la comunidad, y prohibidas por normas penales creadas a través del proceso legislativo, con el fin de propiciar una sana convivencia social dentro de un Estado de Derecho.

El Kernel es el subconjunto del tipo legal, en el cual se integran los elementos suficientes y necesarios para producir la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado.

El Kernel es el subconjunto nuclear del tipo legal y, en la realidad, será el sostén de la estructura esencial del delito. También es el conducto a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, pues integra los elementos necesarios para producir esta. Lo anterior significa que si faltara tan solo uno de estos elementos, la lesión o puesta en peligro del bien no se produciría. Por lo anterior, el legislador tendrá que formular el Kernel de acuerdo a la necesidad particular de cada tipo:

a) Para algunos tipos legales, el Kernel quedará expresado en una sola conducta. Por ejemplo el delito de revelación de secretos profesionales (Art. 210 del Código Penal Federal).

b) En algunos otros se necesita que el Kernel exprese una conducta y un resultado material. Por ejemplo el robo (Art. 367 del Código Penal).

c) En otros se necesita una conducta y modalidades que pueden ser de tiempo, espacio y ocasión. Por ejemplo en el delito de contagio, se establece que la conducta se llevará a cabo durante el periodo infeccioso de una enfermedad grave (art. 199 del Código Penal).

d) Por último, quedarán los que requieren de una conducta, de un resultado material, y de las modalidades de tiempo, espacio y ocasión, como por ejemplo, el delito de robo, cuando se comete aprovechando las condiciones de confusión que se produzcan por catástrofe o desorden público (fracción VIII, art. 381 del Código Penal Federal)

Solo esta prohibida la conducta descrita en el tipo, por lo tanto si una conducta manifestada en la realidad no coincidiera con el verbo descrito en el tipo legal, dicha conducta quedaría al margen de esa figura legal.

Para efectos de lo anterior, y en palabras de la doctora Olga Islas, debemos entender a la conducta como "el proceder voluntivo descrito en el tipo".

Tal y como se menciona en el presente capítulo, el Kernel esta integrado por varios elementos, los cuales producen la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado. Dichos elementos son:

(I) Voluntad Dolosa (V 1): Es cuando el sujeto conoce y quiere la concreción de la parte objetiva de un tipo legal específico.

(ii) Voluntad culposa (V 2): Existirá una voluntad culposa cuando el sujeto no provee el cuidado posible y adecuado, para evitar la producción de un resultado, o en su caso de no producirse la lesión del bien jurídico, previsible y provisible, se haya o no previsto.

(iii) Actividad (I 1): el elemento material de la conducta activa y se refiere a un movimiento del cuerpo. Vale la pena destacar que dicha conducta no es cualquier conducta, sino que debe de ser exactamente la conducta señalada y descrita en el tipo legal, productora de un resultado que puede ser de lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

(iv) Inactividad (I 2): Se refiere a no realizar la acción señalada en el tipo legal, se refiere a un no hacer específico previamente descrito en el tipo.

En conclusión podemos decir que la inactividad es un no hacer típico.

Existen dos tipos de omisión: aquellos cuyos resultados se manifiestan en la realidad, y aquellos cuyos resultados no se manifiestan en la realidad. En lo que se refiere a la omisión con resultado material, el mismo tipo

señalará que resultado material se debe de esperar, así como la inactividad que el legislador relaciona con dicho resultado material.

(v) Resultado material (R): Este elemento se define como el efecto natural de la actividad señalada y descrita en el tipo legal. La presencia de este elemento en el Kernel será eventual, y estará sujeto a una relación de "medio a fin", y será necesario solo cuando el tipo requiera de una lesión del bien jurídico tutelado. Debido a esta relación, el legislador deberá de seleccionar entre todos los efectos naturales de la acción, el que debe de incluirse en el Kernel, y ubicarse como resultado de la conducta.

(vi) Medios (E): Son el o los instrumentos o la actividad distinta a la conducta, exigidos por el tipo, mismos que son utilizados para la realización de la conducta típica, o la producción del resultado material.

(vii) Referencias temporales (G): Se refiere a la condición de tiempo o lapso descrito en el tipo legal, dentro del cual ha de ejecutarse la conducta o la producción del resultado.

(viii) Referencias espaciales (S): Es la condición de lugar, señalada en el tipo en la que se ha de realizar la conducta típica o ha de producirse el resultado material.

(ix) Referencias de ocasión (F): Es la situación requerida por el tipo, de la cual se genera un riesgo para el bien jurídico, y misma situación que el sujeto activo del delito aprovecha para producir la conducta típica o producir el resultado.

G) Lesión o puesta en peligro del Bien Jurídico (W1,W2)

La lesión del bien jurídico es la destrucción, disminución, o compresión del bien jurídico, mientras que el peligro de lesión del bien se refiere a la probabilidad asociada a la destrucción, disminución, o compresión del bien jurídico.

W1= lesión del Bien Jurídico

W2= Puesta en peligro del Bien Jurídico.

Cuando el hombre lesiona los intereses de la sociedad, por reprobable que sea, ninguna consecuencia penal acarrea, si el derecho

punitivo no ha tomado bajo su tutela el interés afectado. No es sino con la formulación del tipo legal, que el interés pasa a la categoría del bien jurídico, y dicha lesión, será hasta entonces, una lesión al bien jurídico, o la simple puesta en peligro del mismo, (que tanto la sociedad como el Estado recriminan) motivándose el juicio de reproche correspondiente.

Así pues tenemos que:

W1= lesión del bien Jurídico es la acción u omisión que tiene como efecto el destruir, disminuir o comprimir el bien contemplado en un tipo legal.

W2= la puesta en peligro del Bien Jurídico es la medida de probabilidad, que señala el tipo, asociada a la destrucción, disminución o compresión del Bien Jurídico.

Para el Modelo Lógico Matemático, dicho aspecto de la lesión o puesta en peligro resulta un concepto fundamental. De ahí que la finalidad de la norma jurídico penal se sintetiza, en última instancia, en prohibir aquellas conductas que se traducen en una lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Se podrá dar una lesión sin que haya una violación, por ejemplo: el privar de la vida a alguien, no hay duda que se lesiona el bien, dado que la vida queda destruida, sin embargo, si dicha privación derivara de una legítima defensa no hay violación a pesar de existir la lesión. En dicho ejemplo la destrucción de la vida configura no cualquier lesión, el único bien afectado es la vida humana, ningún otro bien entra en juego ya que la protección derivada del tipo típico de homicidio se concreta a la vida humana.

Por lo que vemos que no cualquier lesión será una lesión típica, la lesión es un elemento del tipo y por lo tanto, también la puesta en peligro, solo cuando este expresamente descrita en el contenido del tipo legal.

La lesión del bien jurídico se asocia al tipo de consumación en tanto que la puesta en peligro, se asocia al tipo de tentativa, o por lo cual se infiere que los tipos de consumación excluyen la puesta en peligro y los tipos de tentativa excluyen los tipos de lesión.

La puesta en peligro se encuentra consagrada en el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal en lo común y para toda la República en lo Federal.

#### h) Violación del deber Jurídico Penal (V)

Cuando se comete una ofensa, dicho ofensa solo interesará al derecho punitivo en tanto que la norma de cultura haya sido elevada a la categoría de deber jurídico, ya que habiendo sido redactada la norma jurídico penal, cualquier lesión injustificada del bien trae consigo una violación del deber.

La doctora Islas define la violación del deber jurídico penal diciéndonos que es la oposición de una conducta al deber jurídico penal, teniendo como efecto la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado en el tipo legal, no va a salvar bien jurídico alguno, o es innecesario por existir otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

También dice la Juspenalista mexicana que si el deber jurídico penal es un elemento del tipo, la violación de éste, necesariamente, está determinado por el tipo.

De la anterior definición que indica la Dra. Islas es evidente que tanto la violación del deber jurídico penal, así como la llamada exigibilidad de la conducta adecuada a la norma se sustentan en los mismos fundamentos ya que en ambas, el sujeto no tiene necesidad de actuar, ya sea porque no va a salvar bien jurídico alguno, o porque tiene a su alcance otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva, y a la inversa. Las causas de justificación y de inculpaibilidad por no exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, poseen la misma naturaleza, el sujeto actúa para salvar un bien jurídico no notoriamente inferior y carece de otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

#### 5.- Aplicación del modelo lógico matemático en el derecho adjetivo vigente, en el fuero común y en el fuero federal.

A partir de enero de 1994, el proceso penal mexicano sustituye por completo el concepto del cuerpo del delito, para establecer como elemento fundamental de la aplicación de la Ley Penal, a los elementos del tipo.

Así las cosas, restaría señalar que nuestra legislación adjetiva penal recoge al Modelo Lógico Matemático como herramienta indispensable para la integración de los tipos penales.

Por un lado, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 122, el cual se transcribe a continuación:

"ARTÍCULO 122.- El Ministerio Público, acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción, y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión, o en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y

III.- La realización dolosa o culposa.

Así mismo, se acreditará, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribución a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar,

tiempo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos, y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley."

En este mismo sentido el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 166, también contempla la aplicación del modelo lógico matemático, del cual se transcribe su texto a continuación:

"ARTÍCULO 168.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión, en su caso, el peligro al que ha sido expuesto el bien jurídico protegido.

II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Así mismo se acreditarán si el tipo lo requiere: las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del Inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley."

## CAPÍTULO SEGUNDO

### COMENTARIOS EN TORNO AL ARTÍCULO 400 BIS, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

#### 1.- El lavado de dinero y su investigación frente al proceso penal.

En la actualidad se ha venido observando la presencia de una conducta, que si bien no es nueva, si hasta ahora se ha catalogado como antijurídica, dentro del contexto del derecho penal sustantivo, a la misma se le ha denominado : "lavado de dinero"

Dicha conducta representa en el ámbito jurídico un ilícito penal que tiene gran injerencia e importancia no solo en México, sino en el ámbito mundial. Por la forma en como este se ha venido desarrollando, se ha detectado que traspasa las fronteras de los distintos países que conforman la comunidad internacional.

Esta conducta necesariamente requiere de relaciones con otras actividades que tienen injerencia en el desarrollo económico de las naciones, desarrollándose a través de grupos de delincuentes altamente organizados que operan no solo a nivel nacional, y que en la mayoría de

las veces se encuentran vinculados hoy con actividades, entre otras, como el narcotráfico, el tráfico de armas, los secuestros, el contrabando, la pornografía, la prostitución en todos sus géneros y la corrupción en los distintos países desarrollados, así como en los que están en vías de desarrollo.

Esfuerzos dignos de reconocimiento se han dado para prevenir y reprimir este delito, a grado tal que se han suscrito acuerdos, tratados y convenios entre naciones para tales fines.

En un intento por conceptualizar el "lavado de dinero" diremos que consiste en facilitar por cualquier medio (en muchas ocasiones invirtiendo en operaciones ilícitas), la justificación falsa del origen de recursos, derechos o bienes, provenientes o producto de cualquier actividad delictiva, cualquiera que sea la naturaleza de esta.

Este concepto contiene tres aspectos fundamentales:

**Primero:** el origen ilícito de los bienes;

**Segundo:** el medio u operación realizada o que se realizara, para justificar el origen del patrimonio referido; y

**Tercero:** el fin o fines que se persiguen con la realización de esta conducta.

En torno a estos aspectos, es importante hacer algunas reflexiones, las cuales nos auxillaran en el desarrollo del presente capítulo:

En primer lugar, cuando hablamos del origen ilícito de los recursos, nos referimos a que son el producto de una actividad delictiva, la cual en su ejecución ha dañado necesariamente uno, pero probablemente varios bienes jurídicamente tutelados. Esta situación deberá ser siempre reprochable por toda comunidad que pretenda regirse bajo un Estado de Derecho. Debemos recordar, que a pesar de que el delito de lavado de dinero es considerado de "cuello blanco" y por ende no violento, generalmente es el último eslabón de una serie de delitos que pueden ser violentos. El aceptar que dichos recursos se introduzcan en la economía lícita, sería tanto como alentar el desarrollo de la actividad criminal, generándose así un mayor índice de delincuencia, y por ende la generación de violencia dentro de la sociedad. El alentar la actividad criminal dentro de la sociedad dañará necesariamente la seguridad y paz pública de toda nación.

El segundo aspecto a considerar es: los medios u operaciones realizadas o que se pretenden realizar, para justificar el origen del patrimonio referido.

El fin de estos medios y/o operaciones será aparentar ante la comunidad, la licitud del patrimonio que deviene de una actividad ilícita. No es objeto del presente estudio el entrar en detalle de las múltiples formas utilizadas por la delincuencia para llevar a cabo el lavado de dinero. En este sentido, a continuación mencionaremos solo algunos de los medios a través de los cuales se pretende realizar esta conducta:

- (i) el sistema financiero;
- (ii) los mercados bursátiles; y
- (iii) empresas que están al borde de la quiebra.

Es evidente que estas operaciones generan una falsa apreciación de la realidad económica de un país, exponiendo peligrosamente el verdadero desarrollo del mismo. Para explicar lo anterior, tomaremos como ejemplo el mercado bursátil colombiano, en el cual "se estima que US\$30,000 millones de dólares estadounidenses que provienen de la venta

legal de drogas fluye por el sistema bursátil de Colombia anualmente"<sup>10</sup> aumentado peligrosamente el riesgo de la inversión especulativa en dicho mercado, exponiendo la estabilidad de la moneda y la seguridad de las operaciones bursátiles lícitas, realizadas por otros inversionistas.

En resumen, el permitir que los recursos de procedencia ilícita se involucren y confundan con recursos lícitos, necesariamente tendrá como consecuencia el poner en riesgo la seguridad de las operaciones mercantiles que se ejecutan diariamente, así como el sano funcionamiento de las instituciones que integran al sistema financiero.

El tercer aspecto, el cual se refiere al fin o fines que se persiguen con la realización de esta conducta (lavado de dinero), diremos que como fin último, se busca el tratar de dar una apariencia de licitud a los recursos, a fin de utilizarlos libremente sin que el Estado pueda detectar su origen y sancionar a los autores de las conductas delictivas de donde nacen estos recursos derechos o bienes.

---

<sup>10</sup> Informe denominado "Control del Producto del Delito", preparado para la 5ª Sesión de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, reunida en Viena, Austria, Mayo de 1997.

En este sentido, es evidente que las organizaciones criminales se verán fortalecidas, en el aspecto económico, por la libre utilización de los recursos producto del crimen. Con certeza dichos recursos serán reinvertidos en el mejor de los casos en negocios lícitos, que a su vez generarán mayores recursos económicos que les permiten el continuar con su operación, y en el peor de los casos, en nuevas y distintas actividades criminales que dañarán bienes jurídicamente tutelados. En ambos casos el resultado es perjudicial para la sociedad. A efecto de explicar el alcance de lo anterior, referimos que como se observa, al facilitar a la delincuencia organizada el uso de los recursos obtenidos de su actividad (ya sea ilícita o lícita pero de origen ilícito), habrá una mayor fuerza económica que buscará corromper a las autoridades de un Estado, teniendo como consecuencia la ampliación de su espectro de influencia dentro del mismo.

El que el crimen organizado tengan una mayor influencia, corrompiendo las estructuras en lo político y económico de un país, dañará necesariamente el bien común de dicha nación, pues se deja, hasta cierto grado, en manos de mentes criminales el decidir sobre aspectos que afectarán el sano desarrollo de la sociedad.

Por último, no debemos olvidar el daño que se causa a la Hacienda Pública, la cual verá en la conducta de lavado de dinero, una actividad que va en detrimento de la economía al afectar gravemente la recaudación.

En un principio, dicha conducta estaba tipificada dentro del marco de la legislación fiscal, por lo que se dejó entrever que el fin que perseguía el sujeto o sujetos activos en primer término era el de evadir de cualquier manera las obligaciones que le correspondían como contribuyente (evitar el pago de créditos fiscales, con la intención final de dañar a la Hacienda Pública), aunque no todas las hipótesis contempladas en el Código Fiscal, producían perjuicio al fisco, indirectamente si se llegaba a dañar al sistema tributario, y por lo tanto, a las finanzas públicas de la federación.

Sin embargo, el análisis de la problemática generada por el uso de recursos de procedencia ilícita, demuestra la importancia de evitar todo tipo de intromisión de estos recursos en la economía lícita de cualquier nación. Lo anterior, a fin de evitar que la delincuencia organizada se vea fortalecida y alentada por el libre uso de sus ganancias.

De lo anterior, surge la necesidad de dar una tutela jurídica más amplia, no solo a los intereses del fisco, sino dar protección a otros bienes jurídicos que también se ven afectados. Tal es el caso del bien común, la paz y seguridad pública, así como en particular a la seguridad en el tráfico de las operaciones mercantiles; ejecutadas a través de las instituciones que integran el sistema financiero nacional.

Al tipificar la conducta de lavado de dinero, se buscó dar por medio de la ley, la protección al bien común, a la seguridad nacional y paz pública del Estado, así como al sano desarrollo del mismo, la seguridad en las operaciones mercantiles, y la sana operación del sistema financiero pues todo ello se puede ver afectado a través del daño que se cause a la Federación.

De ahí que se llegara a la determinación acertada de que este ilícito debiera de ubicarse en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Así pues, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 13 de mayo de 1996, se adiciono al Código Penal esta figura delictiva,

que como se ha mencionado, se hallaba incorporada únicamente en la legislación fiscal dentro del contexto de las infracciones y delitos fiscales, ubicándose actualmente dentro del capítulo segundo del título vigesimotercero del Código Penal Federal, bajo la denominación de "Encubrimiento y operaciones con Recursos de procedencia ilícita", quedando impreso el texto normativo, como hoy se puede leer.

En este sentido hay que aclarar que la tipificación de este delito pasó a la legislación penal sustantiva con redacción distinta a la que tenía en el ordenamiento fiscal. El texto del artículo 400 Bis del Código Penal quedó como a continuación se señala:

"Art. 400 Bis.- Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, de en garantía, invierta, transporte, o transfiera, dentro del territorio nacional, de este hacia el extranjero o 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.

La misma pena se aplicara 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 corresponden conforme a la legislación financiera vigente.

La pena prevista en el primer párrafo será aumentada en una mitad, cuando la conducta ilícita se cometa por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de los delitos. En este caso, se impondrá a dichos servidores públicos, además inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos hasta por el tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

En caso de conductas previstas en este artículo, en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Cuando dicha Secretaría, en ejercicio de las facultades de fiscalización, encuentra elementos que permitan presumir la comisión de los delitos referidos en el párrafo anterior, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y, en su caso, denunciar hechos que probablemente puedan constituir dicho ilícito.

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 puede acreditarse su legítima procedencia.

Para los mismos efectos, el sistema financiero se encuentra integrado por las instituciones de crédito, de seguros y 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 otros intermediarios bursátiles, casas de cambio, administradoras de fondos de retiro y cualquier otro intermediario financiero o cambiario".<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Código Penal para el Distrito Federal, Editorial, Ediciones Andrade, S.A., México, 1997, Artículo 400 bis.

## 2.- Análisis del artículo 400 Bis a la luz del Modelo Lógico Matemático

### **a) El deber Jurídico Penal**

Como hemos señalado en el capítulo anterior, el deber jurídico penal es la prohibición o mandato categóricos contenidos en un tipo legal.

En el caso del tipo referido en el Artículo 400 bis, el deber jurídico se plasma en la prohibición misma de realizar, ya sea por sí o por interpósita persona, ciertas conductas (acciones), como son el adquirir, enajenar, administrar, custodiar, cambiar, depositar, dar en garantía, invertir, transportar o transferir ya sea dentro del territorio nacional, o de este hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza; con el conocimiento de que proceden o representan el producto de alguna o algunas actividades ilícitas.

Además dichas conductas se han de realizar con un conocimiento y propósito específicos que el mismo tipo penal requiere para su configuración.

Este fin o propósito es lo que hace que la conducta en sí sea reprochable, pues se genera un resultado antijurídico, que consiste en ese ocultar o pretender ocultar, encubrir, o impedir que se conozca el origen de esos bienes, su localización o destino, o se allente por estos medios una actividad ilícita.

Existe pues el deber jurídico de abstenerse de realizar esas conductas, cuando estas se desarrollan con el fin (prohibido) de dar una justificación falsa, al origen de los bienes, recursos o derechos de los que hay conocimiento de que provienen de una actividad ilícita.

Cabe señalar que se trata de un delito de acción, pues no se hace reproche alguno de una conducta omisiva, al contrario en el particular se requiere del hacer, (ejecutar cualquiera de las conductas que se enmarcan en el tipo) y que se pueden desarrollar por el propio sujeto activo o por medio de otro u otros, ejecutando lo encomendado, por quien en grado de autoría intelectual, da el camino a seguir.

**b) Bien jurídico tutelado**

El bien jurídico es el concreto interés social o colectivo, protegido por el tipo legal. Partiendo de lo ya comentado, podemos referir que hay en este nuevo precepto del Código Penal, varios bienes jurídicamente tutelados, siendo estos:

- (i) el bien común;
- (ii) la seguridad nacional;
- (iii) la seguridad en las operaciones mercantiles;
- (iv) el sano funcionamiento del sistema financiero nacional; y
- (v) el patrimonio de la Federación.

El bien común: este bien jurídico se ve afectado por el lavado de dinero, en la medida que por este se fortalece una influencia económica y política negativa (por su capacidad de corromper) dentro del Estado, dejando en manos de delincuentes, hasta cierto punto, la capacidad de decisión sobre aspectos fundamentales para lograr las condiciones óptimas de desarrollo social. Es decir, los intereses de la delincuencia irán siempre en contra de la adecuada convivencia social y por lo tanto contra el buen desarrollo de la misma.

La seguridad nacional: el que la comunidad se vea obligada a aceptar que dichos recursos sean utilizados libremente en la economía lícita, sería tanto como alentar a los delincuentes a que continúen con su actividad criminal, generándose así un mayor índice de delincuencia, y por ende la generación de violencia dentro de la sociedad. El alentar la actividad criminal dentro de la sociedad dañará necesariamente la seguridad nacional.

La seguridad en las operaciones mercantiles y el sano funcionamiento del sistema financiero nacional: estos dos bienes jurídicos se encuentran vinculados, pues las operaciones mercantiles son ejecutadas por los gobernados que son el gran público en general, generalmente son instrumentadas en alguna de sus etapas, a través de las instituciones que integran el sistema financiero. El permitir que los recursos de procedencia ilícita se involucren y confundan con recursos lícitos, necesariamente tendrá como consecuencia el poner en riesgo la seguridad de algunas operaciones mercantiles, así como el sano funcionamiento de las instituciones que integran el sistema financiero, depositario de la confianza de inversionistas y motor de la economía nacional.

Tanto el sistema financiero nacional como el Internacional, son depositarios, por la actividad que realizan y por el marco legal que los rige, de la confianza de millones de inversionistas.

Indirectamente dañará también, en forma particular un interés individual en tanto que se lesiona la operación y función misma de las Instituciones del sistema financiero que fueron utilizadas como medio para lavar los recursos de procedencia ilícita. En el fondo dañará también, en forma particular, la credibilidad de la institución del sistema financiero que concretamente se utilice para pretender la falsa justificación del origen de esos bienes, derechos o recursos provenientes de actos ilícitos.

El patrimonio de la Federación: este bien jurídico se ve afectado en tanto la Hacienda Pública se ve incapacitada de recaudar y cobrar los créditos fiscales, que nacen de la actividad criminal, o en su caso, al no detectar a los defraudadores fiscales, en tanto que la justificación de esos bienes producto de una actividad ilícita figuran como ingresos no declarados, y sobre de los cuales se evitara declarar para que no detecten los mismos, ni por tanto se cuestione su origen.

De lo antes dicho podemos señalar que tenemos a la vista bienes jurídicos de orden social y de interés colectivo (el bien común, la seguridad nacional, el sano funcionamiento del sistema financiero), así como bienes jurídicos que en principio se observan de interés individual (la operación mercantil concreta que se ve afectada y la credibilidad de la concreta institución financiera utilizada como medio de lavado de dinero)

### **c) Sujeto activo**

El Sujeto Activo es aquella persona física que concretiza el específico contenido semántico de cada uno de los elementos incluidos en el particular tipo típico.

El tipo objeto de este análisis no exige dentro de su primera hipótesis una calidad de garante o específica, en el sujeto activo, pues se sanciona a cualquier sujeto que por sí o por interpósita persona realice la conducta que se encuentra descrita.

El tipo sanciona la ejecución de las conductas que tienden a dar una falsa justificación del origen de los recursos, bienes o derechos que son el resultado o producto de cualquier actividad ilícita, y en este contexto requiere de una voluntariedad en el sujeto activo del tipo y por

tanto, hay una imputabilidad en el contexto mismo, pues el activo deberá tener la capacidad para comprender la específica ilicitud de la conducta ejecutada, además de conocer y aceptar el resultado material que habrá de causar.

De lo expuesto se comprende que la voluntabilidad del o de los sujetos activos que participan en la realización de este ilícito, es en sí siempre una voluntad dolosa, no pudiéndose concebir una voluntad culposa. Si se acreditara dentro de los elementos del tipo y de la presunta responsabilidad, el conocimiento y el entendimiento del fin o propósito a obtener, se evidenciara un actuar con ánimo de concretizar un resultado antijurídico, típico y punible.

Sin embargo, debe destacarse que el actuar típico punible descrito en el primer párrafo puede también ser cometido por quienes tienen una calidad específica, esto es, por los funcionarios y empleados de las instituciones que integran el sistema financiero nacional. En este sentido, es el propio Artículo 400 bis es el que define con precisión cuales han de ser para efectos el Código Penal Federal vigente, las Instituciones que integran el sistema financiero mismas que a continuación se señalan:

- (I) Instituciones de crédito;

- (ii) Instituciones de seguros y fianzas;
- (iii) almacenes generales de depósito;
- (iv) arrendadoras financieras;
- (v) sociedades de ahorro y préstamo;
- (vi) sociedades financieras de objeto limitado;
- (vii) uniones de crédito;
- (viii) empresas de factoraje financiero;
- (ix) casas de bolsa y otros intermediarios bursátiles;
- (x) casas de cambio;
- (xi) administradoras de fondos de retiro; y
- (xii) cualquier otro intermediario financiero o cambiario.

Los empleados de las instituciones antes mencionadas, que a la luz del segundo párrafo del artículo que se analiza, actúan también en forma dolosa cuando teniendo conocimiento del origen ilícito de los bienes o recursos, deseen un fin o propósito o permiten la realización del resultado material del ilícito, que es para fines del tipo penal siempre antijurídico.

Llama la atención que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se encuentre hoy buscando el convertir esa calidad específica en una calidad de garante a través de la emisión de una serie de Disposiciones de

Carácter General aplicables a las Instituciones que conforman el sistema financiero (mismas que se analizarán en el capítulo tercero de este estudio).

Las Disposiciones de Carácter General pretenden combatir y atacar el lavado de dinero, buscando los medios o mecanismos de control que obligan a las Instituciones Financieras el registrar o reportar operaciones relevantes o sospechosas con las cuales se pretenda encubrir el origen ilícito de recursos, derechos y bienes de procedencia ilícita, con el objetivo de hacerlas del conocimiento de la autoridad competente.

Con lo anterior se busca el evitar que los empleados y funcionarios del sistema financiero encubran esta conducta antijurídica, aun cuando lo hagan sin el ánimo expreso de coparticipar en el delito.

El segundo párrafo del artículo 400 Bis del Código Penal Federal, precisa que con independencia de las penas que se impongan a estos funcionarios y empleados de las Instituciones, por parte de la legislación penal sustantiva del fuero federal, también serán objeto en particular, de las sanciones y procedimientos que se fijan en términos de la legislación financiera vigente. Esta situación viene a reforzar la intención de

salvaguardar los bienes jurídicamente tutelados que han sido señalados en los párrafos anteriores de este capítulo.

Es evidente que la posición en la cual se encuentran estos funcionarios y empleados que laboran en el sector financiero es propicia para que indebidamente aprovechen de sus funciones o facultades con el propósito de encubrir el origen de los recursos, bienes o derechos de procedencia ilícita, así como para prestar el auxilio de quienes lo pretenden hacer.

Resulta lamentable que el legislador se haya olvidado por completo de establecer una agravación en la pena, para esta hipótesis donde interviene el funcionario o empleado de una institución financiera y se haya limitado a determinar que su actuar se encuentra sancionado por el propio Artículo 13 del Código Penal Federal, el cual determina que también serán responsables de los delitos, quienes presten ayuda o auxilien a otro para la comisión del mismo.

En relación al tercer párrafo del artículo 400 Bis del Código Penal Federal, debemos referir que el sujeto activo en este supuesto tiene una calidad de garante, puesto que la conducta se comete por un servidor

público, que como señala el precepto, está encargado de prevenir, denunciar, investigar, o juzgar la comisión de delitos.

En el particular, el servidor público está en posición de garante frente a los bienes jurídicos que ha de tutelar, pues pueden ser lesionados o puestos en peligro, cuanto y más si el funcionario público, está encargado de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de la conducta tipificada. El legislador con atinada precisión no olvidó incrementar la pena a estos sujetos, específicamente aumentándola hasta en una mitad a la prevista en el inciso de dicho artículo. Además sanciona a los mismos a través de la inhabilitación para el desempeño de un empleo, cargo o comisión públicos.

El legislador no se concretó a señalar que se sancionaría a dichos servidores públicos, sin perjuicio de los procedimientos y sanciones que correspondan conforme a las demás leyes que se les pudieran aplicar.

El penúltimo párrafo de el tipo penal que nos concierne, establece que cualquiera de nosotros podríamos ser sujetos activos de esta conducta, en tanto no probemos lo contrario, en cuanto a la legítima

procedencia de nuestros bienes, derechos, o recursos. A fin de explicar lo antes referido se transcribe el texto del mismo:

" 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 proviene directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia"

Como se desprende del texto antes transcrito, es evidente que cualquier individuo, podrá ser víctima de presunciones o indicios creados, en tanto no compruebe la legítima procedencia de sus bienes, esto se afirma también en la medida en la que basta con que una institución califique como sospechosa una operación, para que esta se remita con tal carácter a la autoridad Hacendaria, la cual de inmediato podrá llegar a determinar que partiendo de tal calificación, existe ya un indicio.

El legislador vino a conjuntar, elementos objetivos y subjetivos del tipo, los cuales son respectivamente: por una parte los recursos, derechos o bienes y por otra parte la imputabilidad, a través de indicios y presunciones, esto es, a partir de valoraciones subjetivas, que hacen

pensar que el patrimonio proviene directa o indirectamente de la utilidad o ganancia, que se ha logrado a partir de una conducta delictiva.

Así las cosas, tenemos que se tiene la calidad de sujeto activo por la simple valoración que haga la autoridad de algunos mínimos elementos que toman rango de indicios. El demostrar que esos bienes o derechos son de procedencia lícita corresponderá al propio gobernado, cuando son de procedencia lícita corresponderá al propio gobernado, cuando son de procedencia lícita corresponderá al propio gobernado, cuando sería tarea del Estado el demostrar lo contrario.

El procedimiento señalado, que a nuestra manera de ver es de tipo inquisitorial, deja en manos del propio indiciado la labor y tarea de probar basta y suficientemente el origen de sus bienes, recursos, o derechos, invirtiéndose la carga de la prueba, para que sea el gobernado quien desarrolle la función que le esta reservada al Estado. En este orden de ideas todos somos presuntivamente sujetos activos en esta conducta típica y punible, hasta en tanto no acreditemos la legítima procedencia de nuestro patrimonio.

Esta situación terminará por afectar necesariamente a el sistema financiero nacional e internacional, puesto que los particulares se volcaran sobre el sistema financiero con dos objetivos:

**Primero**, para requerir siempre de ellos los medios de prueba que en un futuro han de requerirse para probar el origen de los ingresos y percepciones que tienen; y

**Segundo**, los particulares demandaran de los sistemas financiero nacionales e internacionales el que estos den los medios y mecanismos de garantía para conservar el secreto bancario. Lo anterior por que será más recomendable que el particular reúna directamente pruebas lóneas para probar la legítima procedencia de los recursos, a que el Estado se entere de información incompleta y sin antecedentes que motivarán el privar de la libertad al gobernado por existir simples "indicios".

Esta situación será distinta, tal como señala el propio tipo penal en el párrafo en cuestión, cuando se haga la imputación con la certeza de que los bienes, recursos y derechos del presunto responsable son de procedencia ilícita. Entonces ello implicara que el órgano investigador tiene elementos de convicción, contundentes en contra, y solo corresponderá al gobernado ofrecer aquellas pruebas de descargo para desvirtuar las que lo incriminan. En esta hipótesis el respeto de las garantías de seguridad jurídica en materia penal, permitirán que el

presunto responsable acredite lo que a su interés convenga, y no será juzgado por meros indicios o criterios emitidos por los particulares, sino por elementos de prueba que tiene un valor probatorio específico.

Incriminar partiendo de una presunción o de indicios, evidencia la actuación del órgano investigador que realmente ejercita la acción penal con la simple esperanza, de que el gobernado no vaya a aportar las pruebas de descargo que pulverizaran el conjunto de indicios que seguramente fueron ensamblados bajo el concepto de pruebas circunstanciales.

El hecho de que el legislador haya insertado un concepto tan amplio e impreciso de lo que debe de entenderse por "producto de una actividad ilícita", viene a crear inseguridad jurídica y a generar que se puedan violentar las garantías individuales de los gobernados, quienes podrán ser molestados por diversos actos de autoridad, que se ejecutarán al amparo de tales indicios, que hacen presumir que un patrimonio vine de una actividad ilícita.

Esta conceptualización que se hace en el tipo objeto de estudio, es realmente innecesaria puesto que cuando hay un patrimonio del cual no

se puede justificar su legítima procedencia, estamos de origen, ante un de enriquecimiento inexplicable, más no por ello, ya se es ejecutor de operaciones con recursos de procedencia ilícita, donde el tipo, requiere, el conocimiento y deseo de un resultado, antijurídico y punible concreto.

Para concluir con el estudio del sujeto activo, señalamos que el tipo en estudio no requiere de una pluralidad específica del sujeto activo.

#### **d) Sujeto Pasivo**

Tal y como se definió en el capítulo primero de este estudio, el sujeto pasivo es aquella persona, individual o colectiva "que resulta afectada por el perjuicio"....y que "es titular del concreto interés lesionado, o sea, quien directamente resiente el daño derivado de la conducta lesiva."<sup>12</sup>

En el tipo penal en cuestión, el sujeto pasivo no será solo la sociedad, sino también el propio Estado que esta en posición de sufrir el efecto del daño que se causa a la seguridad nacional a través de lesionar de manera seria el sano desarrollo de la economía.

---

<sup>12</sup> *Isela Olga, Ramírez Elpidio, Lógica del Tipo en El Derecho Penal*, México, D.F. Jurídica Mexicana, Primera Edición, 1970, p. 56.

Además como sujeto pasivo puede aparecer cualesquiera de las Instituciones que integran el sistema financiero, incluyendo aquellas que forman parte del sector público, pues se ve afectado el desarrollo y sano funcionamiento de las Instituciones financieras que son objeto de manipulación para el "lavado de dinero".

El sujeto pasivo puede ser cualquier miembro de la sociedad, con quien se hubiere realizado cualquier operación mercantil descrita en el primer párrafo del artículo 400 bis del Código Penal Federal. Esta circunstancia se derivará del desconocimiento por parte del sujeto pasivo que celebra un acuerdo, con quien conocía (y ocultaba) la ilegítima procedencia de los recursos objeto de la operación, pues es un medio para alcanzar el fin o propósito típico, pero a la vez será la víctima en la medida en la que, ahora este se ve afectado por la inseguridad que priva en el tráfico en las operaciones mercantiles, aun ejecutadas al amparo de las Instituciones que integran el sistema financiero.

El legislador no puntualizó expresamente que este delito era lisa y llanamente perseguible de oficio y a través de la denuncia de hechos que pudiese formular cualquier persona. Al respecto solo se hizo mención por cuanto a que será la Secretaría de Hacienda y Crédito Público quien

denuncie si se utilizaron los servicios de las instituciones que integran el sistema financiero, dejando entendido que en las demás hipótesis será pues un delito que se investiga por medio de la denuncia o como medio de expresión de la Notia Criminis.

Puede resultar como sujeto pasivo alguna Institución financiera, cuando el sujeto activo del delito (en este caso quien comete la conducta tipificada) se vale de los servicios financieros prestados, con el fin o interés de este último de justificar o legitimar sus recursos provenientes de conductas ilícitas. Lo anterior, no solo en el caso en el que la institución hubiese sufrido quebranto (que realmente no se requiere por no ser un delito patrimonial), sino por que la misma también fue objeto de engaño y se ve afectada al perder la confianza y credibilidad del público en general.

Cabe destacar que para el cabal combate al lavado de dinero, también deberán darse reformas en los apartados de delitos y sanciones de las legislaciones que rigen a las instituciones que integran el sistema financiero.

Tal y como se desprende del texto del artículo 400 bis del Código Penal Federal, se considera que el sujeto pasivo será también la Hacienda Pública, por afectar tal conducta a la misma, precisamente uno de los bienes jurídicamente tutelados es el patrimonio de la federación. También de ella se requerirá la denuncia, para la investigación y prosecución de la conducta si la misma se ejecuta, a través de utilizar servicios prestados por instituciones integrantes del sistema financiero.

Además recordemos que es un delito de ámbito Federal, pues la legislación adjetiva federal, lo cita como GRAVE, en su catálogo, y se enmarca también dentro de La ley Federal de Delincuencia Organizada.

El tipo contemplado en el artículo 400 bis del Código Penal Federal, no requiere de una pluralidad específica en el Sujeto pasivo.

#### **e) Objeto Material**

El objeto material es el ente corpóreo sobre el que la acción típica surte sus efectos. Es un elemento no constante, pues no necesariamente aparece en todos los tipos legales. Este elemento se encuentra

estrechamente vinculado con el Bien jurídico, pues este último se materializa precisamente en el objeto material.

En el particular, serán los recursos, derechos o bienes, que como refiere el propio tipo se consideran producto de una actividad ilícita, en tanto no se acredite la legítima procedencia de estos.

Este es un elemento objetivo del tipo, que por falta de técnica legislativa se mezcla con un elemento subjetivo, como lo es el que existan presunciones o indicios por cuanto a que esos bienes o recursos procedan directa o indirectamente, o representen la ganancia que deriva de ilícitos.

Estos bienes, recursos o derechos son de los que se pretende justificar su origen, al amparo de una serie de operaciones que buscan desvanecer su auténtico origen ilícito.

Como se ha señalado, el tipo de lavado de dinero es de acción, y no de omisión. Ello justifica el que necesariamente la conducta recaiga materialmente sobre de un ente corpóreo o tangible, que será, en este caso, los recursos, bienes o derechos de los que se pretende borrar su origen.

Esto es, el objeto material se hace palpable o tangible, en tanto se ejecute la conducta descrita en el tipo, pues antes de la ejecución de la conducta, solo existirán recursos, derechos y bienes de los cuales su procedencia resulta irrelevante para el ámbito penal.

Dicho en otras palabras, solo habrá lugar al objeto material del tipo que nos ocupa, en tanto se realicen determinadas conductas, con el fin de ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir que se conozca el origen, localización, destino, o propiedad de dichos recursos, objetos o bienes. Lo anterior con la finalidad de evitar se conozca el origen ilícito de los recursos.

Una nueva problemática se suscitaría en la medida en que esos recursos de procedencia ilícita, al lavarse, generen mayor riqueza, la cual de forma indirecta activará necesariamente la economía de las naciones, aunque esa riqueza adicional seguirá teniendo un origen ilícito, y distorsionará las cifras que como de una economía sana se reporten.

Esta situación llegará al extremo de plantearnos si la riqueza generada por esos recursos ilícitos puede ser éticamente justificable y utilizables, tema que por sí mismo sería motivo de otro estudio.

A continuación pasaremos al estudio del Kernel, el cual es el subconjunto nuclear del tipo legal y, será el pilar de la estructura esencial del delito. También es el conducto para ubicar la lesión del bien jurídico pues contiene en su estructura el análisis de los elementos necesarios para produciría. Esta necesidad significa que si faltara tan solo uno de estos elementos establecidos en el mismo, la lesión del bien no se produciría.

### **f) Voluntad Dolosa**

El tipo refiere expresamente que el sujeto activo tiene conocimiento de que los bienes, recursos o derechos, con los que se ejecuta la o las conductas previstas en la norma, proceden o representan el producto de una actividad ilícita. Este conocimiento viene a dar existencia dentro del tipo, al elemento de culpabilidad, indispensable para justificar el juicio de reproche, que debe tener como fin, el sancionar la conducta ejecutada.

El tipo requiere el conocimiento de la ilicitud, por parte del activo, y requiere además que el mismo desarrolle la conducta, con un fin o propósito determinados, esto es, el sujeto activo desea concretizar un resultado antijurídico, al ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir

que se conozca el origen, localización o destino de esos bienes, recursos o derechos; o bien alentar con los mismos una actividad ilícita.

De lo expuesto se comprende que la voluntabilidad del o de los sujetos activos que participan en la realización de este ilícito, es en sí siempre una voluntad dolosa, no pudiéndose concebir una voluntad culposa.

En el particular uno de los elementos subjetivos del tipo en estudio se da a partir del conocimiento de la antijuricidad de la conducta ejecutada, y el otro elemento a partir del fin o propósito con el que se ejecuta.

Este estudio de la voluntad dolosa que se requiere en el tipo se a efectuado a partir de la exclusión de los elementos objetivos valorativos que son: el deber jurídico penal y la violación del deber jurídico penal.

#### **g) Actividad**

Es el propio tipo penal en análisis el que nos hace percatarnos que se trata eminentemente de un delito de acción. Se requiere de la

ejecución de una serie de actos materiales por parte de el o los sujetos activos. Estos actos, que reflejan un comportamiento, nos permiten ubicar al mismo como un comportamiento que nace a partir del hacer.

En el particular es un "hacer" que constituye en sí el acto de lavar dinero. La actividad va encaminada no solo en el sentido de dar una apariencia de licitud de los recursos, si no en concreto el legislador señala que la actividad se encamina para ocultar o impedir el conocimiento del origen ilícito de esos recursos. También vemos que la actividad se encamina a alentar alguna actividad ilícita.

Queda plasmada la actividad que se requiere por parte de quienes tienen una calidad específica como empleados o funcionarios de las instituciones que integran al sistema financiero. Estos (empleados y funcionarios) participarán en el ilícito, cuando actuando con dicha calidad, presten su ayuda o auxilio para la comisión de la conducta típica descrita por el legislador.

Con las Disposiciones de Carácter General emitidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, también se viene a ubicar el actuar de estos (empleados y funcionarios), en tanto que tienen el deber de prevenir

la ejecución de operaciones sospechosas y la obligación de dar a conocer las mismas a la autoridad.

Por lo anterior, quedan los empleados y funcionarios del sistema financiero obligados a dar a conocer las operación sospechosas, para no ocultar o favorecer el ocultamiento del origen ilícito de los recursos de procedencia ilícita a través de estas. Los mismos tendrán directamente, por las propias Disposiciones referidas una calidad de garante y una obligación por tanto, de acatar las disposiciones realizando acciones tendientes a combatir el lavado de dinero.

El actuar omisivo por parte ellos (funcionarios y empleados) vendría a resultar en lesión de los bienes jurídicamente protegidos en el tipo legal, pues se entendería que el resultado es consecuencia de su conducta omisiva al permitir la ejecución de operaciones sospechosas, el tipo refiere que se requiere por parte de estos una conducta de acción, al prestar estos ayuda o auxiliar a quienes ejecutan la conducta, sin embargo las disposiciones, imponen una sanción para estos cuando no registran o reportan tales operaciones, ya que con su actuar oportuno se hubiere impedido el resultado previsto en el tipo; la sanción a esta conducta

omisiva se determina en términos de las legislaciones que rigen al sistema financiero.

Se generó así la obligación de dar a conocer estas, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para dar vida al 400 Bis del Código Penal Federal, pues gracias a las mismas y a los criterios para la definición de "sospechosa de una operación", se podría sostener el elemento indiciario que el tipo requiere.

Para ubicar lo antes expuesto, haremos una breve semblanza de la intención (plasmada en las Disposiciones de Carácter General de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público) del Gobierno Federal: siendo esta el que sean los propios particulares quienes, con libre criterio, decidan cuales son las operaciones que deberán ser catalogadas como sospechosas, pues a estos compete el sano desarrollo e sus instituciones.

La autoridad entonces partirá de la calificación hecha por el particular, para referir que existen indicios suficientes que permiten presuponer que los recursos utilizados en la operación deriva de una actividad ilícita. Lo anterior, en tanto el particular no demuestre lo contrario.

La gravedad de esta situación no está solo en que no es el Estado quien califica la operación como sospechosa, misma que vendrá a ser elemento subjetivo dentro del mundo indiciario, sino que también lo será el hecho de que se retorne a un procedimiento penal inquisitorial, en el que el gobernado tendrá la carga de la prueba.

En resumen, el tipo penal en estudio parte de una acción típica, y no de una omisión, toda vez de que el tipo contemplado en el artículo 400 bis del Código Penal, exige que se ejecuten conductas determinadas con recursos de los que se tiene el conocimiento que representan o proceden de un actividad ilícita. Ahí se encuentra la primera acción exigida en el tipo.

La acción que exige el tipo penal en estudio, es que este hacer típico, se ejecute con un propósito determinado consistente en dar una apariencia de licitud a recursos de procedencia ilícita, el desvanecer el origen, localización, o destino de dichos recursos. El tipo también señala que el propósito podría ser simple y llanamente fomentar alguna actividad ilícita con los mismos.

El tipo objeto de estudio no exige el que se ejecute una acción, por lo tanto no estamos frente a un tipo en el que pueda haber una inactividad que justifique un juicio de reproche.

#### **h) Resultado Material**

El tipo prevé como resultado antijurídico el que se oculte o pretenda ocultar, se encubra o, impida conocer el origen, localización destino o propiedad de dichos recursos, bienes o derechos. También señala como resultado que se allente alguna actividad ilícita, a partir del manejo de recursos derechos o bienes que provienen de ilícitos.

La propia redacción del tipo nos permite afirmar que para la tipificación de esta conducta resultaría irrelevante la materialización del resultado deseado. Esto se afirma por que el propio precepto legal refiere que se castiga la simple pretensión de lograr el propósito, calificado de antijurídico por el propio tipo.

El tipo legal en estudio es un delito formal, que se consuma con la realización de la acción por parte del sujeto activo, aunque no se

produzca el resultado antijurídico esperado, previsto en el tipo, bastando al efecto nada más con que se acredite el conocimiento y consentimiento de el o los sujetos activos, que desarrollaron la conducta pretendiendo la finalidad antijurídica, para que se puedan lesionar bienes jurídicamente tutelados.

Podemos ubicar que hay tanto en la hipótesis donde se logra la concreción del resultado, como en donde solo se pretendió llegar al mismo, una relación causa-efecto. En la primera hipótesis logrando el resultado típico, no cabe duda de que se han lesionado bienes jurídicos y; en la segunda hipótesis, el ejecutar operaciones con recursos que provienen de un ilícito, con conocimiento de ello, genera en sí el efecto de lesionar los bienes jurídicamente tutelados; aunque solamente se haya pretendido justificar la procedencia de esos recursos, sin haberlo logrado plenamente.

#### **1) Medios**

Serán los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, los cuales son utilizados para adquirir, enajenar, administrar, custodiar, cambiar, depositar, dar en garantía, invertir, transportar o transferir.

Estos recursos, derechos o bienes son el instrumento exigido por el tipo para ejecutar la conducta, y concretizar el resultado antijurídico; son los mismos productos de una actividad lícita, en particular, el medio podrá ser el mismo instrumento monetario, billete, moneda de curso legal, cheques de viajero, oro y plata amonedados entre otros. También se constituyen como medios en el tipo los recursos o derechos que procedan de algún ilícito.

#### **J) Referencia espacial**

Comenzamos por analizar la misma, por que el propio tipo no requiere de una referencia temporal, sino más bien en su propia estructura, se cita el hecho de que el tipo exige una referencia espacial al precisar que la conducta delictiva deberá de ejecutarse en el territorio nacional o bien del territorio nacional hacia el extranjero o como tercera referencia espacial que la conducta se ejecute en el extranjero pero para tener un efecto en el territorio nacional.

Con lo anterior denotamos que dentro del marco de esta referencia espacial el tipo en estudio no deja de observar las reglas generales, título primero, del Código Penal vigente por cuanto a que serán perseguidos los

lícitos que se cometen en el territorio nacional, los que se ejecutan dentro del territorio nacional aunque tengan efectos en el extranjero y los delitos que se inician, preparan o cometen en el extranjero, cuando producen o pretenden producir efectos en el territorio nacional.

Sin embargo, puede llegarse a dar el caso que esta referencia espacial no se de en la medida en la que la conducta no genere lesión o dañe bienes jurídicamente tutelados de la nación o de sus gobernados, ejemplo de ello, si la conducta la comete un mexicano con residencia en otro país del mundo, al invertir recursos de procedencia ilícita en Panamá, cuando estos se generaron en Nicaragua.

No olvidemos además que no es en sí el delito a lo que el tipo se construye en la referencia espacial, esto es la referencia espacial se encuentra plasmada no para efecto de ubicar en donde se ejecuto la conducta sino que se plasma por el legislador para ubicar en donde se ejecuto la actividad o el acto de comercio con el fin de pretender dar una apariencia de licitud a recursos que provienen de algún ilícito.

Si la condición espacial que requiere el tipo no se presenta por que el acto mercantil o de comercio, medio para concretizar el resultado; se

ejecuta en un lugar distinto al consignado en el tipo, el comportamiento llegaría a ser atípico, y siguiendo lo consagrado en la garantía de seguridad jurídica, por cuanto a la exacta aplicación de la ley penal, no podría generarse juicio de reproche a quien ejecuto dicha conducta.

Con los medios electrónicos, y los avances en las comunicaciones, resultara por demás sencillo el que se hagan transferencias o depósitos en cuentas de países diversos y si estas operaciones se ejecutan por un sujeto nacional fuera de la república solo cabra que el mismo sea sancionado con acuerdo a las leyes de los países en donde se encuentran domiciliadas las Instituciones financieras que fueron utilizadas.

Claro, la propia Secretaría de Hacienda ha buscado controlar esto a través de emitir disposiciones por virtud de las cuales se puede inspeccionar la apertura de cuentas de deposito y de inversión en moneda extranjera que se ejecutan en oficinas de bancos nacionales en el extranjero, cuando el titular es una empresa constituida y domiciliada en un paraíso fiscal.

También se ha buscado por la misma dependencia el controlar esto a través de la celebración de convenios multinacionales que permiten el

cruzar información para detectar cuentas de nacionales en el extranjero que se utilizan como puentes o conductos para que los recursos lícitos tengan como destino paraísos fiscales.

Habría que mencionar que la conducta se ejecuta produciendo un resultado y lesionando un bien jurídico, pero el propio tipo penal no requiere que el bien jurídico se halle o encuentre en riesgo y se lesione a partir de una conducta que se da a partir del conocimiento de que dicho bien está en riesgo por una circunstancia u ocasión particular, por lo tanto, podemos citar sin temor a equivocarnos, que no hay una referencia de ocasión.

#### **k) Lesión de los bienes jurídicamente tutelados**

Podemos referir que, si se logra el propósito calificado de ilegal por la norma, se produce el resultado material, y estaremos por tanto ante una lesión de los bienes jurídicos, en la medida en la que estos se deterioran, destruyen o disminuyen. Eso ocurre cuando se oculta, encubre o impide que se conozca el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes o, si se llega a alentar alguna actividad ilícita.

Pero también hemos de referir que existe una lesión a los bienes jurídicamente tutelados, puesto que el propio tipo castiga también, la simple pretensión de lograr el propósito (ocultamiento) calificado de ilegal, esto es, habrá una sanción, aunque no se de el resultado material.

Esto permite afirmar que los bienes jurídicamente tutelados pueden verse afectados, en la medida en la que la resolución de cometer un delito se exteriorizo, de hecho se pretendió que la conducta o conductas llegarán a un fin y resultado concreto a través de una serie de actos ejecutivos y materiales que se realizaron por el o los activos, y por virtud de los cuales se pretendió ocultar el origen de aquellos recursos que devienen de una actividad ilícita, lo que causa lesión de los bienes jurídicamente tutelados, aun sin que exista el resultado material. Tanto existe lesión con tal pretensión, que hoy se evita esta lesión, a través de las Disposiciones de Carácter General que ha estado emitiendo la Secretaría de Hacienda y Crédito Público entre otras reformas que se han venido dando y darán, en la medida en la que se gestan para hacer aplicable el tipo objeto de análisis.

### **f) Violación del deber jurídico Penal**

El lesionar los bienes jurídicamente tutelados por el tipo, implica necesariamente el que se viole el deber jurídico penal señalado por la norma (norma de cultura reconocida por el legislador). En el particular, estamos ante la presencia de la violación de un deber jurídico que se gesta a partir de un actuar, en el que se actúa aun con conocimiento de la prohibición o mandato categórico contenido por el propio tipo.

La violación del deber jurídico se manifiesta al actuar, el o los sujetos activos, en contravención a la norma, esto es, al actuar ejecutando conductas que se encuentran prohibidas en la misma norma. Además debemos destacar que la violación del deber jurídico penal será lo que justifique el juicio de reproche.

Esto es, existirá la violación del deber jurídico penal, cuando se actúa ejecutando la prohibición determinada en el tipo consistente en: ejecutar las conductas descritas en el tipo, por sí o por interpósita persona, con conocimiento de que estas se ejecutan al amparo de bienes, derechos o recursos que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, pretendiendo o logrando ocultar el origen de los mismos, o bien si se actúa

con el propósito de encubrir o impedir que se conozca el origen, localización, destino de los mismos o se allente alguna actividad ilícita.

Sin embargo la gran problemática que plantea el tipo objeto de estudio será, que al momento de darle vida a la norma por medio del proceso penal, nos encontraremos con la gran dificultad que tendrá el juzgador, pues en manos de este estará el referir si realmente el sujeto actuó con el propósito que señala la norma, pues seguramente de todas las pruebas que se desahoguen en defensa del indiciado aparecerá un fin o propósito diverso a alguno de los previstos en el tipo.

Este delito previsto por el tipo objeto de estudio, consiste en una acción que puede ser ejecutada de manera instantánea pero también la consumación del mismo pudiera en algunos casos prolongarse en el tiempo. Estas circunstancias que no tienen nada de extraordinario, pero por la propia configuración del tipo es posible que valla a ser calificado por quienes dan vida al derecho penal sustantivo (los jueces) como un delito continuado. Lo anterior se desprende del hecho de que: hay unidad de propósito pero pueden darse pluralidad de conductas como el propio tipo

prevé, pero todas ellas afectando en concreto a los mismos bienes jurídicamente tutelados.

De ahí que podríamos ubicar que estos delitos serán investigados por la representación social federal y motivaran que sea el poder judicial federal quien sea competente para conocer del juicio de reproche que emane de la conducta ejecutada.

El fuero es federal, circunstancia que se confirma con la Ley Federal de Delincuencia Organizada, publicada, el 7 de noviembre de 1996. Dicho ordenamiento señala en su artículo segundo, fracción primera, que el ilícito consistente en "operaciones con recursos de procedencia ilícita" será uno de los delitos que puede llegar a ser ejecutado por varios sujetos activos, que quedarán definidos como delincuentes organizados y serán sancionados con apego a los ordenamientos que rigen en el fuero federal.

En esa medida se sancionara a estos con una pena bastante severa, sin perjuicio de la pena misma que la ley impone por la conducta misma de lavar dinero.

## CAPÍTULO TERCERO

### **DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL EMITIDAS POR LA AUTORIDAD HACENDARIA ORIENTADAS AL COMBATE Y DETECCIÓN DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA**

#### 1.- Necesidad de las Disposiciones de Carácter General

Con fecha 10 de marzo de 1997 fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación, Disposiciones de Carácter General en las que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público señala las directrices que algunas de las Instituciones integrantes del sistema Financiero habrán de seguir para evitar y detectar la realización de operaciones que son comúnmente conocidas como "Lavado de Dinero"; ello a través del registro de operaciones relevantes y reporte de las que se ubiquen como sospechosas, ante las Autoridades Hacendarias.

Dichas Disposiciones de Carácter General (a las que para efecto de simplificación en lo subsecuente nos referiremos como "las disposiciones") van dirigidas en específico a:

I.- Casas de Bolsa y Especialistas Bursátiles, entendiéndose como tales, aquellas que la Ley del Mercado de Valores considera con ese carácter.

II.- Instituciones de Crédito, y Sociedades Financieras de Objeto Limitado, las cuales son aquellas expresamente señaladas con tal carácter por La Ley de Instituciones de Crédito.

III.- Casas de Cambio y las Instituciones que son consideradas como tales por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito.

Las anteriores serán referidas a lo largo de este capítulo como "Instituciones Financieras". Respecto a lo anterior, se debe hacer la aclaración que al utilizar el término Institución Financiera; nos estaremos refiriendo a las antes señaladas, y que dicho término no incluye a las Instituciones financieras no mencionadas en los incisos anteriores, sin embargo se espera que a lo largo del segundo semestre de 1997 y primero de 1998 habrán de emitirse mas disposiciones de carácter general para otras Instituciones que integran el sistema financiero a fin de llegar a tener las medidas de control necesarias para evitar que el lavado de dinero sea

un cáncer imposible de erradicar, y que a la vez no se permita el desarrollo de este mal.

Aunque recientemente mediante publicación en el Diario Oficial el día 07 de mayo de 1997, se dieron a conocer Disposiciones de Carácter General que tiene el mismo fin y efecto y las cuales habrán de motivar que las Instituciones aseguradoras y afianzadoras del país, tengan que prevenir y detectar operaciones relevantes y sospechosas, hacemos la aclaración que las mismas no serán objeto de estudio de este capítulo.

De acuerdo a lo señalado en la exposición de motivos de las disposiciones (10 de marzo de 1997), éstas surgen de la necesidad de establecer conforme a los preceptos contenidos en los ordenamientos antes mencionados ( Ley del Mercado de Valores, Ley de Instituciones de Crédito y Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito), las acciones concretas que las Instituciones Financieras deben realizar para:

(i) prevenir y detectar actos u operaciones con recursos, derechos o bienes que procedan o representen el producto de un probable ilícito;

(ii) coadyuvar a combatir la utilización de dichas instituciones y sociedades, para el blanqueo de dinero, ya que por la función que realizan y por el marco legal que las rige, son depositarias en primer termino, de la confianza del público. La utilización a la que nos referimos se ha derivado precisamente de esa necesidad de justificar recursos, puesto que algunas personas y organizaciones pretenden aprovechar, la operación de dichas Instituciones para encubrir o distorsionar el verdadero origen de recursos bienes o derechos a través de operaciones, que se encuadran o puedan ser calificadas de "lavado de dinero";

(iii) garantizar la sana operación de los sistemas financieros en México y en el mundo, evitando que dichos sistemas financieros se conviertan en una herramienta que los delincuentes que operan organizados Internacionalmente puedan utilizar para diluir y distorsionar el verdadero origen de las grandes cantidades de recursos, mismos que se generan como producto actividades ilícitas;

(iv) que dichas prácticas no comprometan la seguridad integral de la comunidad internacional, debida a que en muchas ocasiones el "lavado de dinero" se desarrolla triangulando operaciones, entre varios países en

todos los continentes, con la finalidad de hacer más difícil la identificación de las fuentes de los recursos así reciclados; y

(vi) evitar que quienes se dedican, principal pero no exclusivamente a delinquir, de manera organizada, puedan evadir sus responsabilidades frente al Estado de Derecho.

## 2.- Definiciones establecidas en las Disposiciones de Carácter General

Las disposiciones definen dentro del texto publicado, los siguientes conceptos, que para efectos de este estudio resultan relevantes, y son:

1) **Las Instituciones Financieras y operaciones** a las que deberán de ser aplicadas dichas disposiciones. Para estas dos definiciones (la que se refiere a las "Instituciones" y la de "Operación"), las disposiciones remiten expresamente a la Ley del Mercado de Valores, la Ley de Instituciones de Crédito y a la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito respectivamente.

II) **Operación Sospechosa:** para efectos de las disposiciones se define como: las operaciones que realice una persona física o moral que sean consideradas como inusuales o no consistentes en razón de:

- a) el monto por el cual se ejecutan;
- b) la frecuencia y repetición inusual de la operación o operaciones ejecutadas;
- c) la naturaleza de las mismas;
- d) el lugar, región o zona en que se realicen;
- e) los antecedentes y actividad de la persona física o moral, que pretenda llevarlas a cabo; y
- f) los criterios contenidos en los manuales de operación que las Instituciones en cuestión deberán formular para tal efecto (definiendo que operaciones serán calificadas de sospechosas) .

III) **Operación Relevante:** este tipo de operación es definida por las disposiciones como: las operaciones Individuales que en cualquier Instrumento Monetario se realicen, por un monto igual o que exceda el equivalente a US \$10,000.00/100 (diez mil dólares estadounidenses), en

moneda nacional o en cualquier otra divisa de curso legal (inclusive oro o plata amonedados).

Sobre lo anterior es importante destacar dos aspectos, el primero, que tradicionalmente se pensaba que el "lavado de dinero" se llevaba a cabo exclusivamente al ejecutar operaciones en dólares americanos. Este precepto abre el espectro, para también analizar las operaciones que se realizan en pesos mexicanos, así como en cualquier otra divisa de curso legal en el mundo. Esto se debe a la frecuente utilización de todo tipo monedas de curso legal, en el proceso del "lavado de dinero".

El acercamiento de los pueblos como consecuencia al avance en las comunicaciones y a la consistente globalización, a dado lugar a la comisión de ilícitos por parte de complejas organizaciones criminales, cuya capacidad para operar traspasa fronteras.

El mundo se ha visto amenazado por el crecimiento de estos grupos criminales organizados que aprovechando los altos ingresos y rendimientos económicos, acumulados a consecuencia de sus actividades ilícitas, han logrado, incluso poner en entredicho la capacidad de los Estados para enfrentar y detener su desarrollo.

Tal y como destaca André Cusset en su estudio "La Experiencia Francesa y la Movilización Internacional en la Lucha contra el Lavado de Dinero" el ejemplo de la ex-Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, en donde la ausencia de toda legislación bancaria ha permitido volverse desde 1989, a esta nación la maquina blanqueadora de dinero más rentable del mundo. Ello a motivado una alerta internacional pues esta situación de ausencia de un marco legal, ha sido aprovechada por las organizaciones criminales de Italia, Turquía, y Latinoamérica, las cuales han cambiado masivamente fuertes cantidades de divisas por rublos, a fin de invertir recursos, por ejemplo en el sector Inmobiliario, para dar una justificación a sus ingresos para posteriormente colocar esa riqueza en los mercados occidentales sin que se pueda llegar al origen y conocimiento de los ilícitos que motivaron esa fuente de ingresos o riqueza.

El segundo aspecto, es que las disposiciones especifican que para tal efecto, el cálculo del importe en moneda nacional, de la operación se considerará a partir del tipo de cambio que publique el Banco de México, en el Diario Oficial de la Federación, el día hábil bancario anterior a la fecha en que se realice la operación; para efecto de ampliar un tipo de

cambio y así poder determinar con precisión si la misma excede a un equivalente de US\$10,000 dólares estadounidenses.

IV) **Cientes:** de acuerdo a lo establecido en las disposiciones, "cliente" será toda persona física o moral, que realice operaciones con las Instituciones u organizaciones financieros en cuestión, a excepción de las entidades que conforman el Sistema Financiero y a las dependencias y entidades públicas, federales, estatales y municipales, que realicen operaciones con ellos. Sin embargo no quedarán exceptuados los establecimientos que realicen las actividades a que se refieren el artículo 81-A de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, el cual señala a aquellas personas que realicen las siguientes actividades:

- "a) Compra y venta de billetes, así como piezas acuñadas en metales comunes, con curso legal en el país de emisión;
- b) Compra y venta de cheques de viajero denominados en moneda extranjera;

- c) Compra y venta de piezas mercantiles acuñadas en forma de moneda; y
  
- d) Compra de documentos a la vista denominados y pagaderos en moneda extranjera, a cargo de entidades financieras hasta por un monto equivalente no superior a tres mil dólares de los Estados Unidos de Norte América por documento. Estos documentos solo podrán venderlos a Instituciones de crédito y casas de cambio."

(V) **Instrumentos Monetarios**, los billetes y la moneda de los Estados Unidos Mexicanos o los de curso legal de cualquier otro país, cheques de viajero, así como el oro y la plata amonedados.

### 3.- De la identificación de los Clientes

Las disposiciones requieren que las Instituciones Financieras identifiquen y conozcan a sus clientes, por lo que se señala en las mismas que dichas Instituciones Financieras deberán de establecer medidas concretas y estrictas para llevar acabo esta labor, por conducto de sus promotores, agentes, funcionarios y empleados.

La identificación de los clientes se deberá llevar a cabo antes de que se realicen las operaciones, y para tal efecto deberán de seguir los siguientes parámetros:

(i) Para el caso de personas físicas, se requerirá la presentación de una identificación personal, que deberá de ser en todo caso un documento original oficial, emitido por una autoridad competente, vigente a la fecha de su presentación, en donde aparezca fotografía del portador, su firma y su domicilio. Las Instituciones y Organizaciones Financieras deberán de conservar copia de dichos documentos.

(ii) Para el caso de personas morales, se requerirá la presentación del testimonio de su acta constitutiva debidamente registrada y cualquier otro documento que acredite fehacientemente su legal existencia, y las facultades de su representante legal, en original o copia certificada expedida por fedatario público autorizado, así como la debida identificación oficial de sus representantes legales. También se requerirá el Registro Federal de Contribuyente y la Cédula Fiscal de la persona moral, expedida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Las Instituciones Financieras también deberán de conservar copia de ambos documentos.

(III) Las personas de nacionalidad extranjera deberán de cumplir, además de las obligaciones señaladas en los Incisos anteriores, las siguientes:

a) En el caso de personas físicas, deberán presentar el original de su pasaporte;

b) Tratándose de personal morales, deberán presentar el original del documento que acredite su legal existencia, así como el que acredite la correspondiente representación legal de la persona física que se ostente como tal. Si dicho representante legal es de nacionalidad extranjera, también se requerirá el original de su pasaporte.

Las Instituciones Financieras deberán de abrir un expediente de identificación de todos sus clientes, ya sea personas físicas o morales, nacionales o extranjeras. En dicho expediente de identificación se deberán de contener además de la información señalada en los párrafos anteriores, la información necesaria para facilitar su fehaciente identificación, domicilio, y debido registro ante la Autoridad Hacendaria.

Las Instituciones Financieras en algunos supuestos específicos no quedan obligadas a identificar a sus clientes o a terceros; ejemplo, en

tratándose de casas de bolsa no se identificará a quienes realicen operaciones individuales de entrega o recepción de fondos. En tratándose de Instituciones de Crédito, no se identificarán a los pequeños ahorradores que conforman parte de sectores de la población con menores recursos, y en el caso de personas morales, no serán objeto de identificación cuando ejecuten depósitos en cuenta.

#### 4.- Reporte de Operaciones Sospechosas y Relevantes y elaboración de Manuales

Las Instituciones Financieras, que fueron destinatarias de estas disposiciones generales, deberán elaborar manuales, los cuales deberán de ser autorizados y registrados por la Procuraduría Fiscal de la Federación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En este sentido, la Procuraduría Fiscal de la Federación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no dará su autorización a los manuales que sean presentados y que no cumplan con los sanos usos y prácticas bursátiles y mercantiles.

Los manuales deberán contener los criterios y las bases para considerar las operaciones realizadas por sus clientes, como sospechosas y el medio o sistema para el registro de aquellas que resulten relevantes. Dichos manuales serán remitidos por las Instituciones Financieras a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores para su aprobación.

En este orden de ideas, las disposiciones establecen que las Instituciones Financieras tienen la obligación de desarrollar sistemas manuales o de computo y aplicar criterios de registro que determinan en el particular para efectos de **Operaciones Relevantes**. Dicho de otro modo, las Instituciones Financieras quedan obligadas a llevar un Registro de las operaciones que se realicen en cualquier instrumento monetario, por un monto igual o superior al equivalente a US\$10,000 dólares de los Estados Unidos de Norte América, en moneda nacional o en cualquier otra de curso legal.

Para efectos de que la Institución defina los criterios que le permitirán catalogar cierta operación como una **Operación Sospechosa**, las disposiciones establecen los siguientes parámetros y criterios básicos; a considerar:

- a) Las condiciones específicas de cada uno de sus clientes, la actividad económica que desarrolla, esto es, a la que se dediquen y en el caso de personas morales, el giro mercantil o su objeto social;
- b) Los montos de las operaciones que comúnmente realice el cliente, en relación con las actividades que desarrolla este, y observando, el tipo de operaciones y transferencias de recursos que se ejecutan por este, en cualquier Instrumento Monetario con que opere; y
- c) Los usos y prácticas comerciales, bursátiles o mercantiles que priven en la plaza, en la que se lleven a cabo la operación.

Sin embargo debemos de destacar que si bien existe la obligación de registrar las operaciones relevantes (por su cuantía), no por ello las inferiores a US\$10,000 dólares estadounidenses o su equivalente quedarán exentas de ser examinadas, pues podrá suceder que una operación que no tenga el carácter de relevante si pueda ser señalada por la Institución Financiera como sospechosa en razón el monto por el cual se ejecuta, la frecuencia y lo inusual de su esta, la naturaleza de la misma, el lugar en que se realice; los antecedentes y actividad del cliente que la realice, o

por los criterios contenidos en los manuales de operación que la Institución en cuestión haya formulado para el efecto de definir que operaciones tendrán dicho calificativo.

En el supuesto de que la misma operación pueda ser encuadrada como operación sospechosa y relevante al mismo tiempo, dicha operación deberá ser reportada como Operación Sospechosa, debe destacarse que no todas las operaciones relevantes tiene que ser necesariamente sospechosas, pueden por tanto haber operaciones sospechosas cuyo importe sea inferior a los US \$10,000 dólares estadounidenses o su equivalente y estas no serán en sí mismas relevantes.

Aunado a los manuales, las Instituciones Financieras deberán elaborar sistemas, ya sean manuales o de computo, que les permitan instrumentar los procesos descritos y establecidos en las disposiciones de carácter general, a fin de tener el control pleno no solo en cuanto a la identificación del cliente, sino por cuanto al registro de la operación relevante y detección de la operación sospechosa que se ha ejecutado.

Las mismas disposiciones establecen la obligación por parte de las Instituciones Financieras de formular y presentar a la Procuraduría Fiscal de

la Federación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la información que por parte de esta última, le sea requerida en relación con este tipo de operaciones, ya sean sospechosas y/o relevantes, dicha información deberá de ser presentada por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en los formatos que se denominan "Reporte de Operaciones Sospechosas" o en su caso "Registro de Operaciones Relevantes". El formato antes mencionado ha sido formulado por las Instituciones y será aprobado y autorizado por la misma Secretaría de Hacienda.

Las Instituciones Financieras referidas tendrán la obligación de informar trimestralmente a la Autoridad Hacendaria por cuanto a las operaciones relevantes registradas, una vez aprobados los manuales por dicha autoridad. Así mismo las Instituciones Financieras tendrán que informar dentro de los 20 días hábiles posteriores a aquel en que la operación sospechosa sea ejecutada, sobre la misma, lo que se podrá hacer a través de los medios magnéticos o cualquier otro, que cumpla con las especificaciones que señale la Secretaría de Hacienda.

Los manuales elaborados por las Instituciones Financieras deberán contener las bases y procedimientos a que deben ajustarse para poder

cumplir con su función. Estas disposiciones señalan las acciones que deben seguirse, por las propias Instituciones, dichas acciones son:

a) Establecer reglas, parámetros y criterios cualitativos para la detección de Operaciones Sospechosas, atendiendo a las características de cada Institución Financiera, a los usos y prácticas mercantiles y bursátiles que priven en la plaza en que operen;

b) Llenar y enviar a la Procuraduría Fiscal de la Federación, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, los formatos que para tal efecto la misma Secretaría haya autorizado para el reporte de operaciones sospechosas y el registro de operaciones relevantes.

c) Participar con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en la elaboración y actualización del contenido de los lineamientos plasmados en las disposiciones y de los formatos mencionados en el inciso anterior.

d) Dar respuesta a las solicitudes de información derivadas de las disposiciones, que por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores les sea requerida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

e) Contar con los procedimientos que les permitan evaluar y verificar el debido cumplimiento de las disposiciones de carácter general.

f) Programar acciones concretas para la prevención de actos y operaciones con recursos, derechos o bienes producto de actividades ilícitas, así como su efectiva aplicación.

g) Elaborar y enviar trimestralmente a la Procuraduría Fiscal de la Federación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, un Informe de los actos y de las operaciones internas que impliquen actividades que generen preocupación, así como un listado de sus empleados, funcionarios o miembros del Consejo de Administración involucrados en dichas operaciones y que por tal motivo se hayan separado de sus puestos.

h) Diseñar y programar los esquemas de capacitación de su personal .

#### 5.- El secreto bancario en relación al las Disposiciones de Carácter General

Los servidores públicos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, así como los empleados, funcionarios y miembros de los consejos de administración, comisarios y auditores externos de las Instituciones Financieras deberán mantener la más absoluta reserva respecto a los reportes antes mencionados. A dichas personas les queda expresamente prohibido, el dar cualquier tipo de información relacionada con dichos reportes a persona u entidad distinta a la autoridad competente expresamente prevista.

Debe de destacarse que en el cuerpo de estas disposiciones se establece la obligación a cargo de los empleados, funcionarios y consejeros de administración, así como de los comisarios y auditores externos de las Instituciones Financieras, de mantener la mas absoluta reserva respecto de los reportes a que se refieren las disposiciones, absteniéndose de dar cualquier información o noticia al respecto, a no ser que la solicite la autoridad competente expresamente prevista.

Lo anterior, se fortalece en términos de la obligación que se contiene en el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito, que prevé que los señalados en el párrafo anterior, deben de abstenerse de divulgar información, y actuar en contravención a esta obligación los hará responsables en términos del artículo 108 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Los reportes y registros de operaciones sospechosas y relevantes solo se deberán de dar a conocer a la autoridad que expresamente este facultada para recibir esta información, la cual se proporciona con la reserva y confidencialidad debidas para no incurrir en la hipótesis normativa, que prevé sanciones pecuniarias.

Además debe de atenderse a lo dispuesto por el art. 115 de la Ley de Instituciones de Crédito que prevé que el cumplimiento de la obligación de presentar reportes a las autoridades, no implicará la transgresión a lo establecido en los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito, que son el fundamento del secreto bancario, que se debe de guardar, en favor de quienes depositan su confianza en una Institución Financiera.

Las Instituciones Financieras solo podrán dar Información cuando esta es solicitada por la autoridad judicial, en virtud de una providencia que se hubiese dictado en juicio, en el que el titular sea parte o acusado y cuando la información se requiera, por las Autoridades Hacendarías Federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, para fines fiscales.

El propio artículo 180 del Código de Procedimientos Penales Federal vigente prevé también por reforma de mayo de 1996, que para la comprobación de los elementos de las conductas delictivas el Ministerio Público y los Tribunales gozaran de la acción mas amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la Ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho. Dicho precepto, también señala que los requerimientos que formule el Procurador General de la República o el servidor publico en quien se delegue esta facultad, o la autoridad judicial en su caso, de información o documentos relativos al sistema financiero, se harán por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, en su respectiva competencia. Los requerimientos que se formulen para recabar información de naturaleza fiscal, será por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La Información y documentos así obtenidos solo podrán ser utilizados en la investigación y para efectos del proceso penal. Menciona el propio Código Procesal Federal que deberá aun de guardarse la mas estricta reserva y confidencialidad y sanciona al servidor publico que quebrante esta reserva.

Se concluye por tanto que, el secreto bancario subsiste y se debe de respetar en tanto no sea la autoridad, la que fundada y motivadamente requiera de la Información, pero una vez que esta obra en poder de la autoridad, la misma deberá de responder de la reserva y confidencialidad de esta.

#### 6.- Capacitación y Difusión

De acuerdo a las disposiciones, las Instituciones Financieras deberán de desarrollar programas de capacitación y de difusión al personal responsable de la aplicación de estas disposiciones. Para tal efecto deberán de:

a) Preparar cursos o reuniones de información, especialmente cuando se modifique el contenido de las disposiciones mismas, o de los formatos de Reporte de Operaciones Relevantes y Sospechosas.

b) Crear instructivos para facilitar a su personal el llenado de los reportes y registro de Operaciones consideradas como sospechosas o relevantes.

c) Difundir las disposiciones entre los empleados y funcionarios responsables de la aplicación, al igual que los manuales de operación interna que las Instituciones Financieras emitan para su debido cumplimiento.

#### 7.- Sanciones contempladas por las Disposiciones de Carácter General

Sobre este punto debemos de señalar que las disposiciones incluyen las sanciones que deberán de aplicarse a las Instituciones Financieras que no den cumplimiento a las obligaciones contenidas en las disposiciones.

Las disposiciones remiten a las leyes particulares que regulan a cada una de las Instituciones Financieras, para establecer las sanciones correspondientes a las distintas conductas punibles.

Es decir, las violaciones a las obligaciones serán sancionadas conforme lo previsto en la Ley del Mercado de Valores, la Ley de Instituciones de Crédito y la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, según sea la Institución Financiera.

Por citar como ejemplo una sanción en particular, referimos las sanciones que fijan las disposiciones en torno a las Instituciones de Crédito que violen la obligación de mantener la más absoluta reserva de confidencialidad respecto de los reportes de información requeridos por la autoridad competente, es decir, el funcionario o empleado de una Institución de Crédito que proporcione este tipo de información a persona distinta a la autoridad competente, será sancionado en los términos del artículo 108 de la Ley de Instituciones de Crédito.

El artículo 108 de la Ley de Instituciones de Crédito establece una sanción de una multa que impondrá administrativamente la Comisión Nacional Bancaria, hasta por cinco por ciento del capital pagado y reservas de capital de la Institución o sociedad de que se trate, o hasta cien mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

En este sentido, vale la pena señalar que si la violación antes señalada fuera cometida por un servidor público, este será sancionado en los términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

#### 8.- Comentarios Generales a las Disposiciones

Del análisis de las disposiciones se desprenden los siguientes comentarios:

En general se puede decir que el objetivo de las disposiciones se resume en los siguientes puntos específicos:

I) Las disposiciones buscan lograr la plena identificación de los clientes así como de quienes realizan las operaciones que por su carácter relevante deberán de ser objeto de identificación, por su cuantía.

II) También tienen como finalidad el catalogar las operaciones que pueden llegar a ser sospechosas, de acuerdo a las definiciones que la propia Institución Financiera establezca en los manuales que para tal efecto realice. En este sentido las Instituciones Financieras deberán para

establecer sus criterios, que definirán a la operación como sospechosa, de partir de parámetros tales como:

- a) el monto de la operación;
- b) la frecuencia en la que se realice cierto tipo de operaciones;
- c) la naturaleza y características de la misma;
- d) el lugar o región en la que se realice; y
- e) los antecedentes y actividad del cliente.

Dichas consideraciones o criterios necesariamente estarán estrechamente vinculadas con la calidad misma del cliente y actividad que desarrolle como persona física o tratándose de personas morales, partiendo del conocimiento pleno del objeto social o giro de dicho cliente.

También se tomarán como parámetro los montos de las operaciones que comúnmente realice dicho cliente, en relación a la actividad profesional, giro mercantil u objeto social, y el tipo de transferencias que el cliente suele realizar, lo anterior tomando en consideración los usos y prácticas tanto comerciales como bancarias que rigen en la plaza en que se lleve a cabo la operación.

Es importante destacar que será la propia Institución Financiera la que defina los supuestos ante los cuales la operación se va a considerar sospechosa, es decir, que la misma será detectada con tal carácter pues se considera que puede provenir de recursos, derechos o bienes que proceden o representa el producto de algún ilícito, y por lo tanto se encuadra dentro del contexto, ya sea del artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito, el artículo 52 Bis - 3 de la Ley del Mercado de Valores o el artículo 95 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. Estos artículos contienen el siguiente precepto:

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y Valores, dictará disposiciones de carácter general que tengan como finalidad establecer medidas y procedimientos para prevenir y detectar en las Instituciones Financieras, actos u operaciones que puedan ubicarse en los supuestos del artículo 400 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, incluyendo la obligación de dichas Instituciones de presentar a esa Secretaría, por conducto de la citada Comisión, reportes sobre las operaciones y servicios que realicen con sus clientes y usuarios, por los montos y en los supuestos que en dichas disposiciones de carácter general se establezcan.

Dichas disposiciones deberán considerar entre otros aspectos, criterios para la adecuada identificación de los clientes y usuarios de las operaciones y servicios de las Instituciones Financieras, que consideren sus condiciones específicas y actividad económica o profesional; los montos, frecuencia, tipos y naturaleza de las operaciones y los instrumentos monetarios con que las realicen, esto es, observará las actividades de los clientes o usuarios; las plazas en que operen y las prácticas comerciales y bancarias que priven en las mismas; la debida y oportuna capacitación de su personal; y medidas específicas de seguridad en el manejo de las operaciones de las propias instituciones y sociedades. El cumplimiento de la obligación de presentar reportes previstas en tales disposiciones no implicará transgresión a los preceptos destinados a la protección de los intereses del público, en relación a la confidencialidad de la información que se debe de guardar.

Las disposiciones señaladas deberán ser observadas oportunamente por los miembros de los consejo de administración, comisarios, auditores externos, funcionarios y empleados de las citados Instituciones Financieras, la violación de la reserva de confidencialidad será sancionada por la

Comisión Nacional Bancaria y de Valores con multa equivalente del 10 al 100% del acto u operación de que se trate.

Tanto los servidores públicos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como los de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, así como los miembros de los consejos de administración, comisarios, auditores externos, funcionarios y empleados de los Intermediarios financieros, deberán abstenerse de dar noticia o información de las operaciones previstas en el mismo a personas, dependencia o entidades, distintas de las autoridades competentes expresamente previstas. La violación de estas obligaciones será sancionada en los términos de las Disposiciones.

Estas disposiciones de carácter general van encaminadas a prevenir y detectar dentro del funcionamiento regular de las Instituciones Financieras, actos u operaciones con recursos, derechos o bienes que provienen o representan el producto de una actividad ilícita.

9.- Objetivo de las Disposiciones de Carácter General en relación con el Código Penal Federal vigente.

Tomando en cuenta lo expuesto en los temas tratados a lo largo de este capítulo, es evidente que si bien las disposiciones tienen una finalidad práctica de evitar el "lavado de dinero", también tendrán una misión jurídica. La misión jurídica a la que nos referimos es la de dar vida al propio artículo 400 bis del Código Penal.

El Artículo 400 bis del ordenamiento penal al que he hecho referencia señala en su penúltimo párrafo, la necesidad de sostener la tipicidad y antijuricidad de la conducta a partir de un indicio fundado. Esto es, se deben de reunir los elementos del tipo, pero además será menester que de no haber una certeza de la procedencia ilícita de los bienes, el tipo en sí, se tendrá que sostener sobre una cimentación frágil a la que se le denominara "Indicios fundados".

Con "indicios fundados", cuyo origen está en la clasificación que de sospechosa hace una Institución Financiera respecto de una operación en concreto, la autoridad pretenderá incriminar al particular, dándole a esa

sospecha el carácter de indicio. Lo anterior, cuando que de acuerdo al propio artículo 400 Bis del Código Penal Federal vigente, correspondería a la misma autoridad el probar el origen ilícito de esos recursos, así como el probar que estos se utilizan con el pleno conocimiento de su origen y con un propósito determinado y cierto.

Lo antes expuesto, evidencia que bastara para el Estado afirmar que hay un enlace, lógico y natural entre la verdad que teóricamente conocen, y la verdad a la que pretenden llegar, para entonces apreciar una serie de pruebas circunstanciadas con valor indiciario, que no son en si cada una por separado prueba plena, para considerarias en conciencia con el valor de indicios a los que absurdamente se les vendrá a dar un valor probatorio pleno, pasando por encima de las garantías de legalidad y seguridad jurídica.

Lo anterior dará como resultado de origen lograr una presunta responsabilidad, la cual estará sustentada en frágiles indicios.

Parecería que no se viola la garantía de legalidad, pues puede argumentarse que se esta aplicando la ley a su literalidad exacta, misma

que justifica la imposición de una pena, pues la norma contiene en sí una conducta delictiva.

Sin embargo, el indicio en sí, nace a partir de una clasificación que de sospechosa hace una Institución Financiera respecto de una operación ya ejecutada. De lo anterior se desprende que el tipo esta requiriendo de pruebas indiciarias, mismas que surgen de la libre interpretación de un particular, quien define a su leal y mejor entender: **que se debe considerar como una operación sospechosa.**

Para llegar a esta definición o definiciones se toman en cuenta aspectos no jurídicos como el mercado que se busca conservar y el volumen mínimo de actividad que debe dar vida a la Institución.

La norma penal debiera hacer mención en todo caso, de que estos elementos indiciarios se aportaran a partir de conceptos y definiciones que con unidad de criterio emita la autoridad competente, a diferencia de como sucede actualmente en donde dichos criterios son emitidos en forma subjetiva e individual por los particulares (Instituciones Financieras). En este sentido, podría decirse que partiendo de una analogía o mayoría de razón, es que el particular emite criterios que más tarde se convertirán

indirectamente en pilares del tipo objeto de estudio (debe destacarse que no se exige por la autoridad el que haya unidad de criterios en la definición de operaciones sospechosas). Esto es, la norma no se esta interpretando por analogía, ni por mayoría de razón, pero las pruebas que se requieren para dar vida al tipo son aun con carácter indiciario, presupuestos que dependiendo de quien emita el criterio y cuan amplio o restringido sea este, podrán variar de una Institución Financiera a otra. Con ello, se aplicará una ley penal que en un momento se sostendrá en un criterio y en otro momento se sostendrá con otro criterio distinto.

Surgirán criterios a través del tiempo por parte de nuestros tribunales, en donde se llegue a sostener que cierta operación deberá ser considerada como sospechosa y que si tiene un valor indiciario, pero bastará que la misma no se catalogue como tal por alguna Institución Financiera, para que entonces ese criterio no embone como pilar para la Integración del tipo penal en concreto.

Lo antes expuesto, causará que, mientras no haya una uniformidad de criterios, los que tengan la intención de lavar dinero, analizarán los criterios de cada Institución Financiera, para seleccionar aquella que tenga a bien definir menos criterios de clasificación, de tal suerte que

tendrá una garantía de que aunque los elementos del tipo se den, sin la previa calificativa de sospechosa, sus operaciones no constituirán el "indicio fundado" buscado por la Procuraduría Fiscal y el Ministerio Público Federal en el cual sustentará el tipo penal.

Por tal razón, debiera ser la autoridad Hacendaria, la que aporte las herramientas necesarias para formular una denuncia, dando a conocer al representante social los indicios fundados a partir de reglas concretas y criterios uniformes.

Medios de defensa se ejercerán por los postulantes para efecto de dar a sus defensos, dentro del marco de las garantías constitucionales, la protección suficiente, pues estos criterios unilaterales no pueden llevarse al concepto de indicios, ni admitir los mismos como medios de prueba, pues lo que es sospechoso para una Institución, no lo será necesariamente para el juzgador.

Así pues, el "indicio fundado" se desprenderá, a la luz de las nuevas disposiciones, en la clasificación que la Institución Financiera haga de una operación como sospechosa. Este punto es crucial en nuestro comentario, pues no debemos ignorar el hecho de que la Institución

Financiera no deja de ser un particular, lo anterior en contraposición a una dependencia pública o autoridad estatal.

Dicho lo anterior señalamos que esta situación que implicaría en principio una transgresión a las garantías individuales de legalidad y seguridad jurídica, en tanto que no es el Estado quien ha determinado a través del procedimiento legislativo el enmarcar a esas operaciones como sospechosas, sino que ha sido la Institución Financiera, en este caso un particular, quien a través de sus criterios así lo ha determinado. De lo anterior señalamos que se viene a romper con el esquema donde el tipo penal se concibe como unidad sólida y rígida, la cual abarca todos los elementos suficientes y necesarios entorno a la conducta antijurídica que será motivo del juicio de reproche. Esta ruptura abre un espacio a los particulares, a quienes indirectamente se les deja la labor de legislar, aun en perjuicio de los mismos gobernados.

Esta situación seguramente motivará el que los gobernados interpongan juicios de garantías cuando éstos sean señalados como presuntos responsables o inculcados del tipo penal de operaciones con recursos de procedencia ilícita, dada la irregularidad antes señalada, debido a que dicha presunta responsabilidad esta sustentada en una serie

de indicios que nacen de los criterios subjetivos de un particular (la Institución Financiera). Ese indicio, será utilizado para acreditar los elementos del tipo, para justificar el obsequio de una orden de aprehensión, y como pilar del auto de término constitucional.

A diferencia de las actuales disposiciones, en el anteproyecto de julio de 1996 referente a estas disposiciones, se marcaba con mayor precisión cuáles debían de ser las operaciones que debían de catalogarse como sospechosa, y se citaban los siguientes criterios siendo estos emitidos por la propia autoridad:

a) Se tomaba en cuenta la naturaleza misma de la operación o volumen, en relación con los antecedentes de las operaciones ejecutadas anteriormente por el cliente, circunstancia que creaba una presunción de que esas operaciones no eran consistentes con el común denominador de las operaciones que normalmente se esperaba que el cliente ejecutara.

b) También en el anteproyecto se señalaba que podía ser una operación sospechosa aquella que se engendrara de la información falsa o inexacta proporcionada por el cliente, claro esta, siempre y cuando la Institución Financiera estuviera en posibilidad de detectar esa falsedad o inexactitud.

c) También se refería que se consideraría operación sospechosa, aquellos depósitos en efectivo ejecutados por un número elevado de personas a una misma cuenta, sin causa aparente de justificación. Esta técnica es conocida como el "fraccionamiento" y es utilizada para evitar la declaración y registro de las operaciones. En otras palabras, una transacción financiera de una suma muy elevada se fracciona en varias operaciones de pequeñas cantidades. Por ejemplo, 20 millones de dólares americanos podrían "lavarse" a través de transferencias bancarias de un país a otro. Los giros podrían enviarse por una cantidad promedio de 500 dólares americanos, lo que representaría aproximadamente 40,000 operaciones.

d) La compra de volúmenes inusuales de divisas.

e) Otro criterio establecido era que cuando un mismo cliente abriera un número de cuentas tales que no existiera lógica o sentido con la naturaleza de su actividad, giro o desarrollo profesional, entre otros.

Sin embargo, hoy quien deberá definir o por lo menos establecer los criterios para señalar cual operación es sospechosa, y cual no lo es, será la

misma Institución Financiera. Sobre este punto vale la pena señalar que durante el proceso de elaboración, los particulares, es decir, las Instituciones Financieras, a través de sus asociaciones han sometido a la consideración de las autoridades, la posibilidad de unificar criterios de clasificación a los cuales deberán ajustarse, si así lo desean, las Instituciones Financieras que lo estimen conveniente. Esta situación homogeneizaría los criterios para el registro de operaciones relevantes y sospechosas. Sin embargo, vale la pena destacar que aun quedaría la falla constitucional mencionada en este capítulo, por cuanto a que los particulares están definiendo criterios que habrán de dar vida a un tipo penal y acreditar el extremo indispensable de la antijuricidad.

Esto es, los elementos subjetivos del tipo contenidos en el 400 Bis del Código Penal Federal, por cuanto los indicios que se deben tener para integrar el tipo, serán tomados de la labor que realicen los particulares de acuerdo a los usos, costumbres y prácticas bancarias. Lo anterior necesariamente vulnera la garantía de seguridad jurídica que se tiene otorgada constitucionalmente, en la medida en que se enjuiciará a partir de un tipo cuyos elementos integrantes contenidos en la norma penal, habrán de ser reunidos a partir de criterios dados por los particulares y los cuales no emanan de un mecanismo que los eleve a rango de norma.

Lo anterior con objeto de dar vida al artículo 400 bis del Código Penal Federal, toda vez que ese patrimonio que motivó la operación sospechosa es presumiblemente producto de una actividad ilícita, mientras no se acredite su legítima procedencia y la autoridad presumirá esa ilegítima procedencia, con la ayuda que le brinde una Institución Financiera, toda vez que será esta última, la que ubique y registre una operación como sospechosa.

A partir del 2 de mayo de 1997, surge la obligación de dar aviso a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de las operaciones que por sus características puedan considerarse como sospechosas (aunque los manuales que contienen los criterios de estas se autorizará al finalizar diciembre de 1997, y regirán como tales a partir de enero de 1998).

El 24 de julio de 1997, se señala como plazo para presentar por parte de las Instituciones Financieras, un programa de regulación de expedientes de aquellos clientes con los que la Institución Financiera hubiere celebrado operaciones y cuyas cuentas estén vigentes a la fecha de entrada en vigor de estas disposiciones(2 de mayo de 1997).

Los manuales que contienen los criterios para registrar operaciones sospechosas y los manuales para el registro de operaciones relevantes deberán de remitirse a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores el primero de septiembre de 1997, pues la obligación de reportar operaciones sospechosas entra en vigor el 31 de diciembre de 1997.

**FALTA PAGINA**

No. 144

## **CONCLUSIONES**

El combate a la delincuencia organizada debe ser hoy en día, uno de los objetivos principales de todo Estado moderno. La tarea no es fácil, sus causas, complejidad y sus diferentes manifestaciones lo hacen aun más complicado. El medio para su combate: la privación de la libre disposición de los ingresos derivados de las distintas actividades ilícitas, la cual constituye la herramienta primordial para la realización de dicho combate.

Luchar contra el lavado de dinero debe traducirse hoy en no permitir a los delincuentes el disfrutar de las cuantiosas ganancias derivadas de sus actividades criminales, y como consecuencia de ello, el prevenir la generación de nuevas actividades delictivas a través de la participación en negocios lícitos o ilícitos.

Los logros de tal lucha son y serán un factor determinante para una evolución real y eficaz en un mundo donde debe prevalecer la equidad, la libertad y la justicia. Esta tendencia exige efectivamente el respeto y el cumplimiento del marco jurídico de un auténtico Estado de Derecho.

A este respecto señalamos que es admirable la intención de nuestros legisladores al encausar la lucha contra la delincuencia organizada a través de novedosos preceptos legales, los cuales, son muestra de la voluntad política de México de unirse a la cruzada internacional contra el terrible padecimiento que es el "lavado de dinero".

Sin embargo, debemos destacar que en esta lucha contra la delincuencia organizada, se deberá indispensablemente respetar los principios y preceptos básicos de nuestro marco jurídico y legislación vigente. La ilegalidad deberá combatirse siempre con las armas de la legalidad y de seguridad jurídica.

En este sentido, y en concreto después de elaborar el análisis motivo del presente estudio, puntualizamos los siguientes aspectos relacionados con el artículo 400 bis del Código Penal Federal y respecto a las Disposiciones de Carácter General emitidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ambos ordenamientos orientados a prevenir y erradicar el "lavado de dinero".

El artículo 400 Bis del ordenamiento penal mexicano, señala en su penúltimo párrafo:

"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."

A este respecto destacamos que la legislación Penal adjetiva y sustantiva mexicana ha sido reformada en varias ocasiones durante esta década. Gran parte de esta reforma se ha ido encaminando con miras a extirpar a todas aquellas instituciones o figuras que venían a ser parte de un derecho de corte inquisitorial. Ejemplo de ello lo tenemos con la reforma que termina con la idea de considerar a la prueba confesional como la reina de las pruebas. Actualmente, dicha prueba esta sustentada en una serie de formalidades para que esta tenga un auténtico valor probatorio.

A la luz de lo anterior, nos resulta poco razonable que hoy se de un paso atrás en la técnica legislativa del derecho penal. El penúltimo párrafo del artículo 400 bis del Código Penal Federal claramente establece la obligación que se le impone al gobernado de demostrar la legítima

procedencia de su patrimonio, y será considerado como sospechoso hasta que no lo pueda acreditar. Evidentemente, con este precepto se le impone al particular la carga de la prueba. Tal y como se encuentra redactado el artículo 400 bis del Código Penal Federal, regresamos a una especie de proceso inquisitorial, en el cual el particular debe demostrar su inocencia ante el Estado, alejándonos así, de la tendencia (en nuestra opinión más justa) de que los gobernados seremos inocentes hasta que el Estado no demuestre lo contrario.

Por otro lado, el artículo 400 bis del ordenamiento penal motivo de este estudio, señala también en su penúltimo párrafo, la necesidad de sostener la tipicidad y antijuricidad de la conducta a partir de un indicio fundado. Esto es, se deben de reunir los elementos del tipo, pero además será menester que de no haber una certeza de la procedencia ilícita de los bienes, el tipo en sí, se tendrá que sostener sobre una cimentación frágil a la que se le denominara "indicios fundados".

Con "indicios fundados", (cuyo origen esta en la clasificación hecha por los particulares) la autoridad pretenderá incriminar al particular, cuando que de acuerdo al propio artículo 400 Bis del Código Penal Federal vigente, correspondería a la misma autoridad el probar el origen

lícito de esos recursos, así como el probar que estos se utilizan con el pleno conocimiento de su origen y con un propósito determinado y cierto.

Lo antes expuesto, evidencia que bastara para el Estado afirmar que hay un enlace, lógico y natural entre la verdad que teóricamente conocen, y la verdad a la que buscan aspirar, para que entonces aprecien y valoren una serie de pruebas circunstanciadas, que no son en si cada una prueba plena por si misma, para considerarlas en conjunto, y en conciencia con el valor de indicios a los que absurdamente se les vendrá a dar un valor probatorio pleno, aun restringiendo o violando garantías constitucionales.

Sin embargo, es cuestionable que uno de los elementos que da origen al la integración del tipo no derive de la exacta literalidad de la ley penal, y que al contrario, dicho elemento surja de los criterios individuales y subjetivos de los particulares, en este caso concreto, de las Instituciones Financieras. Es nuestra opinión, que el indicio fundado debería originarse de la labor que la representación social hiciera tomando como guía los criterios señalados de forma concreta y específicamente expresados en un precepto legal emanado del órgano del Estado. Lo anterior para

salvaguardar la garantía de seguridad jurídica consagrada en el artículo 14 de nuestra Constitución.

Para finalizar, solo destacaremos la difícil aplicación del tipo contenido en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, debido a su abrumadora complejidad, el cual abarca elementos tan subjetivos como son el de probar que la conducta en cuestión fue realizada con un fin o propósito determinado, mismo que solo se podrá encontrar en el psique del presunto responsable.

Como señalamos en el capítulo primero de este estudio, un tipo legal será de más fácil aplicación, cuando el mismo contenga pocos elementos que reunir, y a la inversa, un tipo con un mayor número de elementos será más difícil de aplicar cuando requiera de un mayor número de elementos que deban reunirse para su concreta tipificación.

Esperamos que en un futuro, estas circunstancias sean retomados por nuestros legisladores a fin de mejorar lo que hoy constituye un buen intento de detener y erradicar el lavado de dinero.

## BIBLIOGRAFIA

- 1.- Camargo Hernández, César; "Introducción al Estudio del Derecho Penal", Editorial Bosh, Barcelona, España, 1964.
- 2.- Carrancá y Trujillo, Raúl; "Derecho Penal Mexicano, Parte General", Editorial Porrúa, México, 1977.
- 3.- Carrar Francoso; "Programa de Derecho Criminal", Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1973-1980.
- 4.- Castellanos, Fernando; "Lineamientos Elementales de Derecho penal", Editorial Porrúa, México, 1983.
- 5.- Claus, Roxin; "Política Criminal y Sistema de Derecho Penal", Editorial Bosh, Barcelona, España, 1972.
- 6.- Cordoba Roda, Juan; "El Conocimiento de la Antijuricidad en la Teoría del Delito", Editorial Bosh, Barcelona, España, 1962.
- 7.- Cuello Calón, Eugenio; "Derecho Penal", Editorial Bosh, Barcelona, España, 1975.
- 8.- Cuello Calón, Eugenio; "La moderna Penología", Editorial Bosh, Barcelona, España, 1958.
- 9.- Díaz Arciniega, Esther; "La Coercitividad Jurídica", Editorial Porrúa, México, 1964.
- 10.- García Ramírez, Sergio; "Estudios de Derecho Penal", Editorial S.E.P., México, 1976.
- 11.- Garraud, R.; "Tratado de Derecho Penal", Editorial S/N, México, 1934.
- 12.- Gimbernat Ordeig, Enrique; "Estudios de Derecho Penal", Editorial Civitas, Madrid, España, 1976.
- 13.- González de la Vega, Francisco; "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa, México, 1979.
- 14.- Islas, Olga y Elpidio Ramírez; "Lógica del Tipo en el Derecho Penal", Editorial Jurídica Mexicana, México, 1970.

- 15.- Jiménez de Azúa, Luis; "Tratado de Derecho Penal", Editorial Losa, Buenos Aires, Argentina, 1961-1976.
- 16.- Jiménez Huerta, Mariano; "Derecho Penal", Editorial Porrúa, México, 1972-1979.
- 17.- Macedo, Miguel S.; "Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano", Editorial Cultura, México, 1931.
- 18.- Machorro Narváes, Paulino; "Derecho Penal Especial", Editorial Manuel Porrúa, México, 1948.
- 19.- Marquez Piñero, Rafaél; "El Tipo Penal", algunas consideraciones en torno al mismo, Editorial U.N.A.M., México, 1986.
- 20.- Martínez Ucona, R.; "Doctrina del Delito", Editorial S/N, México, 1953.
- 21.- Mir Puig, Santiago; "Introducción a las Bases del Derecho Penal", Editorial Bosh, Barcelona, España, 1976.
- 22.- Neip, Vittorio; "Casualidad Jurídica y Representación", Editorial Ejea, Buenos Aires, Argentina, 1962.
- 23.- Novoa Monreal, Eduardo; "Casualismo y Finalismo en el Derecho Penal", Editorial Juricentro, San José de Costa Rica, 1980.
- 24.- Núñez, Ricardo C.; "Temas de Derecho Penal y Derecho Procesal", Ediciones Jurídicas, Europa América, 1958.
- 25.- Pavón Vasconcelos, Francisco; "Concurso Aparente de Normas", Editorial Cajica, Puebla, México, 1975.
- 26.- Pavón Vasconcelos, Francisco; "Manual de Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa, México, 1982.
- 27.- Pavón Vasconcelos, Francisco; "Comentarios de Derecho Penal", Editorial Porrúa, México, 1982.
- 28.- Peña Cabrera, Raúl; "Tratado de Derecho Penal", Editorial Sesator, Lima, Perú, 1982.
- 29.- Pessina, Enrique; "Elementos de Derecho Penal", Editorial Reus, Madrid, España, 1936.

- 30.- Porte Petit Candaudap, Celestino; "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal", Editorial Porrúa, México, 1960.
- 31.- Porte Petit Candaudap, Celestino; "Legislación Penal Mexicana Comparada", Editorial S/N, Jalapa, Veracruz, México, 1946.
- 32.- Radbruch, Gustavo; "Historia de la Criminalidad", Editorial Bosh, Barcelona, España, 1955.
- 33.- Reyes Navarro, Angel; "Ensayo sobre la Preterintencionalidad", Editorial Jus, México, 1949.
- 34.- Rodríguez Mourullo, Gonzalo; "Derecho Penal, Parte General", Editorial Civitas, Madrid, España, 1978.
- 35.- Sodi, Demetrio; "Nuestra Ley Penal", Editorial sesator, Lima, Perú, 1982.
- 36.- Saver, Guillermo; "Derecho Penal", Editorial Bosh, Barcelona, España, 1956.
- 37.- Suarez Montes, Sergio; "Consideraciones Críticas en torno a la Doctrina de la Antijuricidad en el Finalismo", Editorial Rial, Madrid, España, 1963.
- 38.- Tablo, Evello; "Temas de Derecho Penal en Torno al Código de Defensa Social", Editorial Jesús Moreno, La Habana, Cuba, 1952.
- 39.- Terragni, Marco Antonio; "Homicidio y Lesiones Culposas", Editorial Hanurabl, Buenos Aires, Argentina, 1979.
- 40.- Vela Treviño, Sergio; "Antijuricidad y Justificación", Editorial Porrúa, México, 1976.
- 41.- Villalobos, Ignacio; "Nocción Jurídica del Delito", Editorial Jus, México, 1952.
- 42.- Wessels, Johannes; "Derecho Penal", Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1980.