

205
Ref



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

ESTUDIO DOGMATICO DE EL DELITO QUE SE
COMETE EN LAS OPERACIONES QUE SE
REALIZAN CON RECURSOS DE PROCEDENCIA
ILICITA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

PEREZ MARTINEZ DANIEL ISAAC

ASESOR DE TESIS: LIC. CARLOS VIDAL RIVEROL



MEXICO, D. F.

1999.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

0277047



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.

México, D. F., a 18 de agosto de 1999.

LIC. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
Director del Seminario de Derecho Penal
De la Facultad de Derecho
Universidad Nacional Autónoma de México
P r e s e n t e .

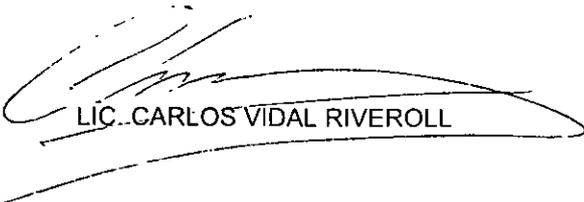
De acuerdo con sus instrucciones procedí a otorgar asesoramiento en la elaboración de su tesis profesional al pasante Daniel Isaac Pérez Martínez, quien elaboró una investigación con el siguiente título:

"ESTUDIO DOGMATICO DE EL DELITO QUE SE COMETE EN LAS OPERACIONES QUE SE REALIZAN CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILICITA".

Después de haberse hecho la revisión correspondiente al trabajo del Sr. Pérez Martínez, estimo que reúne los requisitos para ser aprobado, por lo que lo someto a su consideración para que tenga a bien determinar lo que estime conveniente.

Quedo en espera de sus indicaciones para proceder en el sentido que corresponda.

Atentamente.



LIC. CARLOS VIDAL RIVEROLL

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**ING. LEOPOLDO SILVA
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR
DE LA UNAM.
P R E S E N T E**

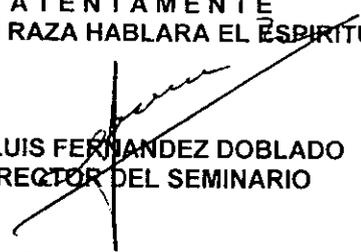
México, D.F. a 30 de septiembre de 1999

Muy distinguido Señor Director:

El Compañero Daniel Isaac Pérez Martínez, inscrito en el seminario de Derecho Penal a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada "ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO QUE SE COMETE EN LAS OPERACIONES QUE SE REALIZAN CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILICITA", bajo la dirección del LIC. CARLOS VIDAL RIVEROLL, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El LIC. CARLOS VIDAL RIVEROLL en oficio de fecha 18 de agosto de 1999, me manifiesta haber aprobado y revisado la referida tesis, por lo que con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales suplico a usted ordenar los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional del compañero de referencia.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"


DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO

NOTA DE LA SECRETARIA GENERAL: El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día en día) a aquel que sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho caducará la autorización que ahora se concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna realización del trámite para la realización del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad.

A DIOS

POR DARME LA
OPORTUNIDAD DE VIVIR.

A LA U.N.A.M.

POR OTORGARME EL
PLACER DEL CONOCIMIENTO.

A LA FACULTAD DE DERECHO

POR GUIARME EN TAN BELLA
PROFESION.

A EL LIC. CARLOS VIDAL RIVEROLL

POR SU ATENCION Y CUIDADO EN LA
ELABORACION DEL PRESENTE TRABAJO.

A LEONOR Y LUIS

MIS PADRES, QUIEN CON
CARIÑO ME HAN APOYADO
EN TODOS LAS ETAPAS DE MI VIDA.

A LUIS DAVID, ISIDRO MANUEL,
HILDA GABRIELA Y SHARON
BIBIANA, MIS HERMANOS CON
CARIÑO.

A MI ESPOSA

BELEM, QUIEN CON AMOR Y
COMPRESION ME IMPULSO EN LA
REALIZACION DE ESTE TRABAJO.

A MI HIJA

YAMELI DANIELA, LUZ EN MI
VIDA.

| | |
|------------------------|----|
| • EXCUSAS ABSOLUTORIAS | 71 |
| • ITER CRIMINIS | 72 |
| • TENTATIVA | 73 |
| • PARTICIPACION | 74 |
| • CONCURSO DE DELITOS | 76 |

CAPITULO IV

| | |
|---|----|
| I.- CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS, CONTRA EL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTROPICAS. | 77 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| II.- LOS ESTADOS UNIDOS FRENTE EL PROBLEMA DEL LAVADO DE DINERO | 90 |
|--|----|

| | |
|-----------------------------|----|
| III.- LOS PARAISOS FISCALES | 95 |
|-----------------------------|----|

| | |
|--------------|----|
| CONCLUSIONES | 97 |
|--------------|----|

BIBLIOGRAFIA

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO QUE SE COMETE EN LAS OPERACIONES QUE SE REALIZAN CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILICITA

La evolución en las operaciones que se realizan con recursos de procedencia ilícita como es llamado en México, "Lavado de dinero", "Blanqueo de dinero", "Negocios de cuello blanco", etc., como se conoce en otros países del mundo, no es fácil de seguir; su antecedente histórico más próximo lo encontramos en el delito de encubrimiento, y es por ello que en el presente trabajo se realiza un pequeño estudio del encubrimiento, pero sin duda éste, tampoco se puede establecer de una manera rápida, como sucede con otros delitos, los cuales se pueden seguir a través de sucesivos estudios históricos, lo anterior sucede por que ha existido la confusión si el delito de encubrimiento es una forma de participación en el delito o es un delito autónomo, resulta de gran importancia esta diferenciación por que de ello dependerá la sanción que se le imponga al delincuente, ya como partícipe en el delito o como delito propio.

Como el delito de encubrimiento siempre está relacionado con un delito anterior, es por ello que se confunde con una forma de participación, y los códigos más antiguos tienden a castigarlo precisamente como una participación en el delito, y la sanción entonces ha recaído de igual manera en el autor principal como en el encubridor.

Cabe señalar que los Códigos de Manú, Código de Hamurabi, el Derecho Griego, las XII Tablas, no nos aportan nada sobre el encubrimiento.

DERECHO ROMANO

Dentro del Derecho Romano clásico el edicto pretorio se creó el principio "unum factum, unum delictum", lo hizo para sancionar como un solo hecho el hurto cometido por varios esclavos pertenecientes a un mismo dueño y con su consentimiento.

Sin embargo existe una disparidad de criterios a cerca de que si los Romanos percibieron o no el matiz de participación del encubrimiento. Unos afirman que el encubrimiento en aquel Derecho, no estaba relacionado a la participación siendo penado como delito propio. Otros mantienen que los Romanos establecieron distintas categorías de partícipes y distinguieron perfectamente el encubrimiento de la participación. Y no falta quien afirme la imposibilidad de sentar un criterio, puesto que los jurisconsultos de Roma no hicieron una teoría unitaria de la participación, desarrollada luego en casos concretos, limitándose a dictar reglas propias para cada categoría de delitos, regla que era distinta en cada supuesto.¹

¹ CONDE POMPIDO. CANDIDO. ENCUBRIMIENTO Y RECEPCION, EDIT. CASA BOSH, ESPAÑA, 1955, PAG. 27.

Los Romanos al tratar el homicidio, establecieron la responsabilidad, no solo del autor material si no de todo aquel que hubiera sido también causa del delito; "nihil interest an quis occidat vel causum mortis prealbel", (no importa que uno haya dado muerte o que haya sido causa de esa muerte), sin embargo, conocieron y distinguieron varias formas del concurso y de las actitudes de los delincuentes. Es celebre el fragmento de PAULO, en que a propósito del hurto de una viga se analiza el diverso aporte de los ladrones, según el principio de la división del trabajo. Las distintas figuras de coparticipes fueron designadas con los nombres de "consii, socii, adiutores, satellites, ministri, participes." (cómplices, correos, auxiliadores, encubridores ejecutores, participes), y se dio categoría distinta a los que en delito tuvieron una intervención decisiva (participes sceleris- principales en el crimen), y a los que hubieran prestado a los dirigentes o a los ejecutores materiales una simple ayuda (ministerium). En ciertos casos se admitió el concurso negativo: "eadempoena affcitur is qui cum prohibiere tale qui portuit, non prohibet". (será castigado con la misma pena el que habiendo podido impedir el delito, no lo impidió). La punibilidad se condicionó al hecho de que se verificara el delito principal, y así se echaron las bases de la naturaleza accesoria del concurso. La ratihabatio (ratificación) se igualó a la orden de delinquir y el encubridor fue considerado como socio (socius) del delito y castigado lo mismo que el ladrón. Pressium genus est reseptatorum. Ex paecipitur tu perinde puniaturatque latrones. In pari causa habendi sunt.(es pésimo el género de los encubridores y por eso se manda castigar lo mismo que a los ladrones. Iguales han de castigarse sus causas)²

² MAGGIORE, GUISEPPE. DERECHO PENAL, TR. JOSÉ J. ORTEGA TORRES, EDICION TERCERA, EDIT. TEMIS, COLOMBIA. 1989, VOL. II, PAG.94

El encubridor era unas veces sancionado conjuntamente con el autor, como en el caso de encubrimiento del malversador de caudales públicos, o en el crimen receptarum. Mientras que en otras como en el edicto de los bacanales, se distingue entre la cooperación al delito y el favorecimiento del culpable.

Los Romanos consideraron y castigaron como concurso hechos posteriores de adherencia y conformidad con el delito ya realizado, al mismo tiempo que consideraban como delito especial la omisión del deber de anunciar. Aunque en general los encubridores eran castigados con penas públicas, a veces sus sanciones tenían carácter privada fue establecida por CONSTANTINO, bajo el influjo de la legislación Griega, y era una repulsa a la intromisión ajena en las relaciones entre amo y criado.³

Por otra parte un adquirente de buena fe, que compraba un árbol hurtado y lo plantaba en su propio terreno, en tal supuesto, adquiriría la propiedad del árbol, adquisición que constituía un enriquecimiento injusto a todas luces. No obstante el adquirente no estaba obligado a restituir este enriquecimiento al anterior propietario de la planta.

El enriquecimiento de que aquí se trata es, como siempre el existente al tiempo de realizarse la adquisición. Además el ladrón estaba incluso siempre en mora devitoris (fur semper in mora), así que respondía no únicamente por dolus o culpa, sino también

³ CONDE POMPIDO. CANDIDO. OB. CIT. PAG. 28

por casos. Como la *condictio* no fue una acción penal, no podía ejecutarse contra el cómplice del delito.⁴

DERECHO GERMANICO

Por lo que se refiere al Derecho Germánico, afirma GUIDICE, citado por CONDE POMPIDO, que si bien en principio aparecen distinguidas las nociones de encubrimiento y complicidad, fundándose la punición de que en el deber que incumbe a todos los miembros de la comunidad de cooperar activamente a la reintegración de la paz perdida por el delito, en la mayoría de los casos el encubridor y el receptado aparecen equiparados al autor, a los efectos de la pena. Así el encubrimiento doloso es considerado como una cooperación al delito y sancionado en las leyes barbaras con la misma severidad que en el Derecho Romano: Ley *Rapuaría* (XXXVIII), Ley *Baruwariorum* (VIII, 7s3), Edicto de Rothario (c.272 - 273), Car. Mag. (c.804), así como gran número de leyes de ENRRIQUE IV, FEDERICO I y ENRIQUE VII, que equipararon a la pena del receptor o encubridor a la del reo. GUIDICE señala, que algunas veces se llegó incluso a penar al robado, cuando éste silenciaba el hecho por haber pactado una composición privada con el ladrón.

También menciona Guidice, que en algunos casos el encubrimiento aparece agravado por razón de la función pública ejercida (Edicto de Rothario y *lex Baruwariorum*). Hemos de tener en cuenta que los Germanos distinguieron las dos formas clásicas de

⁴ SCHULTZ, FRITZ. DERECHO ROMANO CLASICO, TR. JOSÉ SANTA CRUZ TEIGEIRO, EDICION PRIMERA. EDIT. BOSCH, ESPAÑA, 1980, PAG. 196.

encubrimiento, ocultación de la persona, del culpable, y ocultación de los efectos el delito, y dentro de la primera se distinguió entre el delincuente condenado públicamente y el que toda vía no había sido. También es de interés advertir que no siempre se penó el encubrimiento respecto de todos los delitos, pues aveces se castigaron tan solo a los ocultadores de los culpables de delitos estimados como más graves. El encubrimiento de Friedlose y del ladrón fueron los casos mas generalmente sancionados.⁵

EL FUERO JUZGO

En el Fuero Juzgo se establece expresamente la equiparación entre el autor principal y encubridores al declarar que nom debem ser dichos ladrones tan solamente los que facen el furto más los que consienten e los que reciben las cosas del furto, sabiéndolo, y aun añadió dien seya ladrones todo omme que compra las cosas del furto, sabiéndolo, ello no contravenia para que en ciertos supuestos concretos disponga menos pena para los auxiliadores y encubridores, así, para los delitos de robo cometido aprovechando un incendio u otra ocasión análoga, y en los casos de raptó y fuerza.

Por otra parte el auxilio que se prestaba a un delincuente enemigo, traía consigo la responsabilidad aun con los parientes, situación ésta que después desaparecerá en legislaciones posteriores, en las cuales habrán de quedar impunes los padres, que ayudan a sus hijos, etc.

⁵ CONDE POMPIDO, CANDIDO. OB. CIT. PAG.31

Otra manera de castigar el encubrimiento era el destierro, que se daba al delincuente que incurría en enemistades legítimamente declaradas. Al declararse inimicitia entraba en vigor la prohibición de prestar auxilio al delincuente y recibirle en su casa. De ahí que aparte de algún caso aislado en que se consideraba también encubridor al señor de la casa de donde salió el malhechor para la consumación del delito, en los casos de que habiendo regresado a ella una vez cometido; le hubiese dado acogida en lugar de entregarle. El caso de encubrimiento más generalmente castigado, estuvo constituido por la prestación de ayuda al inmundus ya consistiera en proporcionarle alimentos, ya auxiliándole de otra forma, especialmente acogiéndole u ocultándole en propia casa.

En ciertos supuestos como el abigeato o hurto de ganados, en que la penalidad del autor es la de muerte y la del que encubriese o auxilie a sabiendas de tal hurto, la del destierro por 10 años, así como en el caso de los agujeros, sorteros, adeuinos, fechiceros, que cantan en agujeros de aves o en cristal, o en espejo o en espada o en otra cosa luciente, fazen hechizos en metal, o de otra cosa cualquiera o adeuinan en cabeza de home muerto, o de bestia, o de perro, o en palma de niño o de mujer virgen, a los que castigan con muerte advirtiéndole que ninguno sea osado los de acoger en sus casas, ni encubrirlos....e los encubridores en sus casas a sabiendas, deben ser echados de nuestra tierra por siempre. Y al penar con muerte a los que encantan espíritus o fazen imágenes, o otros fechizos o den yerbas para enamoramiento de los homes o de las mujeres, rebaja la pena de los que ocultasen en sus casas a

sabiendas, a destierro perpetuo: igual ocurría con los encubridores de herejes que recibían como pena especial la pérdida de su casa en beneficio de la iglesia ⁶

DERECHO CANONICO

El Derecho Canónico distingue los diversos grados de participación, castiga con igual pena a los reos principales y a los cómplices, por la importancia que concede al principio moral, y toma como regla lo que en el Derecho Romano era una excepción solamente: el concurso negativo. "El Código vigente del Derecho

Canónico se adhiere a la teoría de la naturaleza accesoria de la coparticipación criminal, y distingue entre las diversas formas de concurso, pero castiga de igual modo a los autores principales y a los cómplices, a menos que intervengan circunstancias atenuantes de la responsabilidad; admite la institución del autor inmediato, pero, en cambio, no admite la complicidad negativa." ⁷

Con la facilidad que proporciona el manejo del concepto de pecado - mas ético y moral, frente al delito - más jurídico y social, estableció el criterio de que se puede participar en el hecho punible, a un con actos ajenos a su comisión y posteriores a ella. En principio la responsabilidad de todos los partícipes era idéntica, pero se admitió la doctrina de la graduación entre cooperadores principales y secundarios. La distinción

⁶ CONDE POMPIDO, CANDIDO. OB. CIT. PAG.33

⁷ MAGGIORE, GIUSEPPE. OB. CIT. PAG.95

de grados en la participación llega en el Derecho Eclesiástico al máximo de atomización y sutileza.

Son manejados los famosos versos de Santo Tomás referentes a las clases de personas que concurren al daño *jussio*, *consilium consensus*, *palpo*, *recursus*, *participans*, *mutus*, *non obstan*, *non manifestans*. *Jussio* se refiere a los que expresa o tácitamente mandan hacer daño; el *consilium* denota a los que aconsejan; el *consensus* a los que dan su voto o parecer a favor de una cosa injusta; con *palpo* se designaban a los lisonjeros y aduladores, que con sus alabanzas o dándole al ejecutor en cara su cobardía eran causa de daño; en *recursus* entran los encubridores y receptadores, esto es los que reciben, formaliter a los ladrones, o guardan las cosas hurtadas; *participans* son los que cooperan con otro a hacer daño a tercero, ya concurriendo en daño directamente, ya consumiendo la cosa hurtada. Todas estas categorías concurren directa et positive y las tres restantes indirecte et negative, en cuanto se refiere a omisiones: los que no impiden el daño pudiendo y debiendo hacerlo por razón de su oficio (*mutus*); los que niegan su ayuda y socorro para atajar al mal (*non obstan*); y los que debiendo por su oficio delatar o declarar el delito no lo hacen (*non manifestans*); pero tan sutiles distinciones carecían de otras consecuencias que las de establecer la responsabilidad solidaria de todos ellos en orden a la restitución.⁸

⁸ CONDE POMPIDO, CANDIDO. OB. CIT. PAG.34

En el Derecho Canónico se equiparaba penalmente la cooperación en el delito y el encubrimiento, tal ocurre con los supuestos concretos de herejía, asesinato, y empleo de violencia contra cardenal, entre otros. La doctrina elaborada sobre esas bases estimó que tanto en el caso de receptación de rei furtivae, como en el de ocultación del culpable de un delito, la penalidad del receptor o encubridor debía ser la misma que la del autor principal, por considerarse a aquellos como consentientes del delito receptado o encubierto.⁹

EL ENCUBRIMIENTO EN LA LEGISLACION MEXICANA

En la legislación Mexicana se encuentra regulado el encubrimiento desde los Códigos de 1929 y de 1931, en reforma del 29 de diciembre de 1984, publicado en el Diario Oficial el 14 de Enero de 1985 en los artículos 400 y 400 bis del Código Penal que regulaba de la siguiente manera:

ARTICULO 400. DEL CODIGO PENAL

Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días de multa, al que:

I.- Con ánimo de lucro, después de la ejecución de un delito y sin haber participado en éste, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esta circunstancia. Si el que recibió la cosa en venta, prenda o bajo cualquier otro concepto, no tuvo conocimiento de la procedencia ilícita de aquélla, por no haber tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien se recibió tenía derecho para disponer de ella, la pena se disminuirá hasta la mitad.

⁹ CONDE POMPIDO, CANDIDO. OB. CIT. PAG.34

Para los efectos de del párrafo anterior, los adquirentes de vehículos de motor deberán tramitar la transferencia o regularización del vehículo, cerciorándose de su legítima procedencia;

II.- Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor del delito, con conocimiento de circunstancias, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;

III.- Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;

IV.- Requerido por las autoridades no se de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes;

V.- No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables;

No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor y IV, cuando se trate de:

Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;

El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y

Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivado de motivos nobles.

ARTICULO 400 BIS DEL CODIGO PENAL

Los jueces, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción las circunstancias personales del acusado y las demás que consigna el artículo 52, podrán imponer en los casos de encubrimiento, a que se refieren las fracciones I párrafo primero y, II al

IV del artículo anterior en lugar de las sanciones establecidas en dicho artículo, hasta las dos terceras partes de la que correspondería al autor del delito; debiendo hacer constar especialmente en la sentencia las razones en las que se funda para señalar la sanción que autoriza el artículo.

ANTECEDENTES HISTORICOS DE EL DELITO EN ESTUDIO EN EL CODIGO FISCAL

ARTICULO 96

Es responsable de encubrimiento en los delitos fiscales, quien, sin previo acuerdo y sin haber participado en él, después de la ejecución del delito:

I.- Con ánimo de lucro adquiera, reciba, traslade u oculte el objeto del delito a sabiendas de que provenía de éste, o que si de acuerdo con las circunstancias debía presumir su legitima procedencia, o ayude a otro a los mismos fines.

II.- Ayude de cualquier forma al inculpado a eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse de la acción de ésta, u oculte, altere destruya o haga desaparecer las huellas, pruebas o instrumentos del delito o asegure para el inculpado el objeto o provecho del mismo.

El encubrimiento a que se refiere este artículo se sancionará con prisión de tres meses a tres años.

Artículo 115 bis

Se sancionara con pena de tres a nueve años de prisión, a quien a sabiendas de que una suma de dinero o bienes de cualquier naturaleza provienen o representan el producto de alguna actividad ilícita:

I.- Realice alguna operación financiera, compra, venta, garantía depósito, transferencia, cambio de moneda o en general, cualquier enajenación o adquisición que tenga por objeto el dinero o los bienes antes citados, con el propósito de a) Evadir de cualquier manera el pago de créditos fiscales; b) Ocultar o disfrazar el

origen, naturaleza, propiedad destino o localización del dinero o de los bienes de que se trate; d) Omitir proporcionar el informe requerido por la operación; o

II.- Transporte, transmita o transfiera la suma de dinero o bienes mencionados desde algún lugar a otro del país desde México al extranjero o del extranjero a México, con el propósito de: a) Evadir de cualquier manera el pago de créditos fiscales; b) Ocultar o disfrazar el origen, naturaleza, propiedad, destino o naturaleza de la propiedad, destino o localización del dinero o de los bienes de que se trate; c) alentar alguna actividad ilícita; o d) Omitir proporcionar el informe requerido por la operación.

La misma pena se impondrán a quienes realicen cualquiera de los actos a que se refieren las dos fracciones anteriores que tengan por objeto la suma de dinero o de los

bienes señalados por las mismas con conocimiento de su origen ilícito, cuando estos hayan sido identificados como producto de actividades ilegales por las autoridades o tribunales competentes y dichos actos tengan el propósito de: a) ocultar o disfrazar el origen, naturaleza, propiedad, destino o localización del dinero o de los bienes de que se trate; b) alentar alguna actividad ilícita.

El artículo 115 Bis, del Código Fiscal regulaba el delito de defraudación, éste artículo se deroga para incorporarlo en el Código Penal; en el título vigésimo tercero, capítulo único, Publicado el diario oficial el 13 de Mayo de 1996, que ahora se denomina "Encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita". en el cual se reforma substancialmente el Artículo 400 bis, para quedar como actualmente se regula.

ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL AMBITO INTERNACIONAL

El encubrimiento de un delito, especialmente las operaciones realizan con recursos de procedencia ilícita, se encuentran en todas partes del mundo, y son tan variados que incluso, en algunas circunstancias se realizan por Gobiernos, es el caso de Alemania, quien en la Segunda Guerra Mundial tanto Alemania como Italia remitieron oro a Suiza para proveerse de las divisas necesarias para importar. Alemania vendió a Suiza por más de 1.600 millones de Francos de ese país durante la contienda bélica, diez veces más que las reservas oficiales que poseía. Se trataba de oro obtenido del saqueo efectuado por las tropas en diversos países avasallados por las fuerza de las armas, aunque también algunas remesas eran propiedad del estado y de los particulares. Nunca fue posible probar fehacientemente estos hechos, pues el oro era fundido y vendido en lingotes a destinatarios desconocidos por los bancos Suizos. Con Italia,

debido a la frontera común se hicieron asiduos negocios, al terminar la guerra, a punto tal que la zona Suiza se pobló de bancos dispuestos a no preguntar de donde provenía el dinero, siguiendo el proverbial secreto bancario impuesto por las leyes y las costumbres del país.¹⁰

II CONCEPTO GRAMATICAL DEL DELITO COMETIDO EN LAS OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILICITA

En este punto debemos señalar que el nombre "DELITO COMETIDO POR OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILICITA", es el delito que se conoce comúnmente en países como Estados Unidos, Colombia, España, Argentina, etc., incluso en México fuera del ámbito de legal como "LAVADO DE DINERO", "DELINCUENCIA DE CUELLO BLANCO", "BLANQUEO DE DINERO", "DELITOS ECONOMICOS" etc", en este punto cabe mencionar que la expresión Delincuencia de cuello blanco (como se dio a conocer) fue utilizada por primera vez por ED. H. SUTHERLAN en su estudio White Collar Crime, en donde menciona que la delincuencia no es privativa de una sola clase social y estudia una criminalidad basada en el fraude, que permanece impune y fuera de los estudios criminológicos.¹¹

¹⁰ NEUMAN, ELIAS. LA LEGISLACION DE LAS DROGAS, S/E, EDICIONES DE PALMA, ARGENTINA 1991, PAG.47

¹¹ MARTINEZ PÉREZ, CARLOS. EL DELITO FISCAL, S/E, EDITORIAL MONTE CORVO, MADRID, 1982, PAG. 32

En México, tratando de tener un amplio margen para la descripción del delito se da el nombre de Delito cometido con recursos de procedencia ilícita, sin embargo queda de manera ambigua la expresión, ya que, la palabra operación no se tiene bien definida. "La doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre la definición clara en cuanto a este concepto de Operación u Operación Bancaria, el artículo 75 fracción XIV del Código de Comercio alude constantemente sobre las operaciones de Banco; pero la fracción XII habla de operación de comisión, la XXII de operaciones de mediación, la XVII de depósito, la XIX de Cheque, letras de cambio y operaciones sobre estos títulos y la III de compraventa de participantes y acciones de sociedades mercantiles" ¹²

Para Joaquin Rodríguez Rodríguez, la operación bancaria es una operación de crédito realizada por una empresa Bancaria, es decir en masa y con carácter profesional. ¹³

La definición que se le dan son variadas y no se han unificado en forma clara los criterios. Sin embargo prevalecen tres elementos 1) la comisión de un delito, 2) la pertenencia de un status social alto por parte de quien realiza el delito, 3) la comisión del delito dentro del marco de una actividad profesional. Cada una de las distintas definiciones encuentra una gran variedad de elementos que amplían o restringen una u otra parte de la conducta a definir. SUTHERLAN define al delito de cuello blanco como "la violación de la ley de la ley penal por una persona de alto nivel profesional" ¹⁴

¹² RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN. DERECHO BANCARIO, EDIT. PORRUA, MEXICO, 1993, PAG. 193

¹³ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN. OB.CIT, PAG. 193

¹⁴ MARTINEZ PEREZ, CARLOS. EL DELITO FISCAL, OB. CIT., PAG. 30

Se han hecho estudios sobre los delincuentes de cuello blanco, los cuales han sido principalmente en los delitos fiscales, que llevan a resultados muy diversos pero entre los mas comunes son:

1.- Los delitos fiscales son delitos profesionales. Los defraudadores ejercen profesiones y actúan en grupos profesionales distintos a los que integran a los delincuentes clásicos contra la propiedad y la población media. En la comisión de delitos fiscales tiene lugar la predominación en el desempeño de la respectiva actividad profesional. Siendo mas alta la posición del delincuente fiscal en la jerarquía empresarial, mayor tendencia muestra en la comisión de defraudaciones fiscales y mayor es, asimismo, la cuantía por el defraudada.

2.- La comisión de los delitos fiscales exige conocimiento y habilidades especiales que vienen indicados por la formación escolar y el perfeccionamiento profesional del delincuente. Ello justifica que se clasifique al defraudador fiscal de delincuente inteligente.

3.- Las defraudaciones fiscales se cometen en la mayoría de los casos, en situaciones de necesidad. mas raramente en otras causas.

4.- Las defraudaciones fiscales son perpetuados normalmente por personas del más alto status social, en tanto que los delincuentes clásicos proceden de la clase baja.

5.- Los delincuentes fiscales, por regla tienen mas edad que los autores de delitos clásicos.¹⁵

Sin embargo es preciso señalar que el tratar de ocultar o encubrir las finanzas y ganancias que se desprenden de una actividad ilícita, no son una de sus prioridades; para este tipo de delincuentes, su objeto principal es que se siga realizando el ilícito, la acción de ocultamiento en la mayoría de los casos ocurre con los recursos que se utilizaran a mediano plazo, y claro esta a la sombra del secreto bancario.¹⁶

Es evidente que será mayor apreciado el secreto bancario, en la medida que no se pueda vulnerar, y esto traiga consigo la pérdida de las actividades financieras y la credibilidad social. Recordemos que sobre la base del secreto bancario, es la materia prima con que trabajan todas las instituciones financiera, es lo que está en riesgo, ya que al ser mayor la posibilidad de intervención en una cuenta, serán menos los usuarios de esa institución financiera y es por ello que estas empresas cuidan tanto el Secreto Bancario.-La Institución Financiera y el "Inversionista " realizan un contrato con el cual puedan obtener mas ganancias y menos riesgos en base de una meta fija de ganancias en particular: Por ultimo estos delitos económicos, no lesionan solamente al

¹⁵ MARTINEZ PEREZ, CARLOS. EL DELITO FISCAL, OB. CIT. PAG. 50

¹⁶ MARTINEZ PEREZ, CARLOS. EL DELITO FISCAL, OB. CIT. PAG. 53.

patrimonio nacional si no que van más allá perjudicando generalmente a la sociedad en sí, y en coacciones a individuos en particular, cuando desprendido de algún delito que se quiere encubrir se atenta contra la vida, integridad física o salud, sin contar con el peligro económico que en algún momento pueda ocasionar a una empresa por competir de forma deshonesta.

CAPITULO II

I.- MARCO JURIDICO DEL DELITO QUE SE COMETE EN LAS OPERACIONES QUE SE REALIZAN CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILICITA.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

En este campo debemos referirnos en primer lugar a nuestra carta magna recordando que todas las normas posteriores serán acordes a ella, por lo que en éste orden de ideas son aplicables en cuanto al estudio del delito que nos ocupa los siguientes artículos.

ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL

A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades o posesiones o derechos, si no mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en los que se cumplan con las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta en los principios generales del Derecho.

ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL

Nadie podrá ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión si no por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que integran el tipo penal y la posible responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute la orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su mas estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionado por la ley penal.

En casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción judicial, por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el Juez que reciba la consignación del delito deberá inmediatamente ratificar la detención o declarar lo decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser detenido por el Ministerio Público por mas de 48 horas, plazo en que deberá ordenar su libertad o poner a disposición de la autoridad judicial; éste plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como Delincuencia Organizada. Todo abuso de lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal. En toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá expedir, y escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que han cumplido los reglamentos sanitarios y de Policía y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro y su violación será penada por la ley.

En tiempos de paz ningún miembro del ejercito podrá alejarse casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna; en tiempos de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bajages, alimentos y otras prestaciones en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION. ARTICULO 42

La Secretaria de Hacienda y Crédito Público a fin de comprobar que los contribuyentes o responsables solidarios han cumplido con las disposiciones fiscales

y, en su caso determinar las contribuciones omitidas o los créditos fiscales, y para proporcionar información a otras autoridades fiscales, estará facultado para:

I.- Rectificar errores aritméticos que aparezcan en las declaraciones.

II.- Requerir a los contribuyentes, responsables solidarios o terceros con ellos relacionados, para que exhiban en su domicilio, establecimiento o en la oficina de la propia autoridad, a efecto de llevar acabo la revisión, la contabilidad así como que proporcione datos, otros documentos o informes que requieran.

III.- Practicar visitas a los contribuyentes, los responsables solidarios o terceros con ellos relacionados y revisar su contabilidad, bienes y mercancías.

IV.- Revisar los dictámenes formulados por contadores públicos sobre los estados financieros de los contribuyentes y su relación con el cumplimiento de disposiciones fiscales.

V.- Practicar u ordenar se practique avalúo o verificación física de toda clase de bienes, incluso durante su transporte.

VI.- Recabar de los funcionarios y empleados públicos y de los fedatarios y datos que posean con motivo de sus funciones.

VII.- Allegarse las pruebas necesarias para formular la denuncia, querrela o declaratoria al Ministerio Público para que ejercite la acción penal, por la posible comisión de delitos fiscales. Las actuaciones que practique la Secretaria de Hacienda y Crédito Público tendrán el mismo valor probatorio que la ley relativa concede a las actas de policía judicial; la propia Secretaria, a través de los abogados hacendarios que designe, será coadyuvante del Ministerio Público Federal en los términos del Código Federal de Procedimientos Penales.

Las autoridades Fiscales podrán ejercer estas facultades conjunta o indistinta o sucesivamente, entendiendo que indican con el primer acto que se notifique al contribuyente

ARTICULO 114 BIS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Es necesaria la querrela del ofendido, solamente en los casos en que así lo determine el Código Penal u otra Ley .

ARTICULO 123 DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Inmediatamente después que el Ministerio Publico Federal o los funcionarios encargados de practicar la diligencia de Policía Judicial, tengan conocimiento de la posible existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, decretaran todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; impedir que se pierdan destruyan o alteren huellas o vestigios del hecho delictuoso, los instrumentos o cosas objetos o efectos del mismo; saber que personas fueron testigos; evitar que el delito se siga cometiendo, y en general, impedir que se dificulte la averiguación, procediendo a la aprehensión de los responsables en los casos de flagrante delito.

Lo mismo hará tratándose de delitos que solamente pueden perseguirse por querrela si esta ha sido formulada

Queda prohibido detener a cualquier persona, sin orden de aprehensión librada por autoridad judicial competente, excepto cuando se trate de delito flagrante o de casos urgentes que no haya en el lugar alguna autoridad judicial, tratándose de delitos que se persigan de oficio, conforme al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Ministerio Público puede con sujeción a este precepto, determinar que personas quedan en calidad de detenidos, sin perjuicio de las facultades que correspondan al juez o tribunal de la causa. La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario de la Policía Judicial que decreta la detención. La persona detenida en contravención a lo previsto en este artículo será puesta inmediatamente en libertad.

LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

ARTICULO 2º Cuando tres o más personas acuerden organizarse para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por si o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer algún delito de los siguientes serán sancionados por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:

I.- Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal;

Son aplicables a esta materia las siguientes leyes.

Constitución Política, artículo 31

Código Penal, artículo 6 y 40

Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 13

Ley de Instituciones de Crédito, artículo 115

Ley del Mercado de Valores, artículo 52 bis 3

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, artículo 95

Ley General de Instituciones de Fianzas, artículo 112

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada artículo 3, 9 y 10.

II ORIGEN SOCIAL DEL DELITO EN ESTUDIO

En época actual el uso de la tecnología es aprovechada en todos los campos de la actualidad, el uso de computadoras, fax, satélites, internet, etc. hacen posible que la vida se desarrolle de una manera acelerada, es evidente que al realizar operaciones con dinero en cualquier institución de naturaleza bancaria, también se utilizan estas modernas tecnologías, queda entonces muy atrás las visitas al banco y cumplir con los requisitos de la firma para el retiro de transferencia de grandes sumas de dinero, ahora con una llamada telefónica se puede desde la oficina o casa realizar trasposos de una cuenta a otra en cuestión de minutos, una persona puede realizar una operación en cualquier país del mundo sin tener que viajar al o sin siquiera salir de la comodidad de su domicilio.

Este ágil manejo de información y rápido intercambio de mercancías, ha hecho que nuestra sociedad tenga un enorme desarrollo en materia comercial y con ello una competencia económica en los cuales los manejos mercantiles son vistos de muy buena manera "En materia de competencia económica, en la que cualquier comportamiento por muy inmoral o ilegal que sea, no solo es tolerado, si no que incluso llega a ser justificado o facilitado".¹⁷

¹⁷ MARTINEZ PEREZ, CARLOS. OB. CIT. PAG. 30

Pero este ágil manejo de información y de mercancías no es de una forma consiente, son tantas y tan variadas las actividades que se realizan diariamente que no podemos darnos cuenta si es legal o ilegal su origen en el manejo de estas actividades “Vivimos en una sociedad dentro de la cual, los artículos se miden en términos de dinero, de tal manera que el dinero es unidad de medida y también de cambio, ya que los bienes y servicios no se cambian por otros bienes y servicios si no por dinero. Circulan con tal libertad que llega a ser realmente difícil y a veces imposible saber si es legal o ilegal, no solo su origen si no su manejo, circulación o destino.”¹⁸

La baja de valores morales que tiene nuestra sociedad hoy en día, no solo en nuestro país si no en todo el mundo y además la importancia del dinero, propician que mas gente cometa ilícitos, pero no los delitos comunes como robo, homicidio, etc. si no aquellos que implican un grado de conocimiento y profesión, a demás de astucia e ingenio a este respecto, la doctrina ha establecido algunos factores personales que caracterizan a estos delincuentes.

- 1.- Pertenecen a las capas sociales altas
- 2.- Inteligencia y astucia
- 3.- Especial peligrosidad
- 4.- La no consideración de sus actos como criminales, aun que estén al corriente de su ilegalidad.

¹⁸SOLIS ZUÑIGA, JAVIER. ESTUDIOS CRIMINOLOGICOS DEL DELITO DE CUELO BLANCO, U.A.S.L.P., MEXICO, 1984, PAG. 52

5.- situación económicamente holgada. ¹⁹

Por otra parte, son varios los campos en los cuales se presenta el delito en estudio, todos ellos nocivos a la sociedad en general, siendo las principales:

1.- narcotráfico

2.- Defraudación fiscal

3.- Contrabando

4.- Grandes fraudes bancarios y los relacionados con aseguradoras

5.- Delitos atribuibles a funcionarios públicos que impliquen cualquier forma de lo que ordinariamente se conoce como corrupción. ²⁰

Como los delincuentes de cuello blanco cuentan con gran poder económico resulta normal que se asesoren de especialistas, de peritos en la materia que mediante la explotación de alguna ley bordean los márgenes de la misma o están solo a un paso de la conducta ilegal llevando la interpretación de la ley hasta el ultimo extremo posible. ²¹

Por otra parte los métodos para tratar de cubrir el origen ilícito del dinero son muy variados y llenos de imaginación, los que prácticamente han incursionado en todos los campos de la actividad humana; los recursos económicos con que cuentan estos delincuentes son muy amplios lo que lleva a contratar a personas que lo asesoren en las inversiones a realizar, y cuentan con un verdadero equipo para esta labor.

¹⁹ MARTINEZ PEREZ, EL DELITO FISCAL, CARLOS. OB. CIT. PAG. 48

²⁰ SOLIS ZUÑIGA, JAVIER. OB. CIT. PAG. 76

²¹ MARTINEZ PEREZ, CARLOS. OB. CIT. PAG. 51

Las formas más usadas para este encubrimiento son:

1.- La formación de empresas ficticias o de fachada, esta forma es ventajosa para operar en países donde opera el secreto corporativo y bancario, y los requisitos de establecimiento son simples; o bien donde las empresas en cuestión usan "trabajo negro" o clandestino, o los trabajadores integrantes repatrian sus ahorros a través de cuentas bancarias que permiten falsos movimientos.

2.- Formación de compañías financieras parabancarias

3.- Uso de los sistemas bancarios nacionales mediante cuentas corrientes o de depósito que abren a nombre de personas ficticias, o corresponden a empresarios cómplices que tienen grandes movimientos de sumas de dinero, o testafetarios sin actividad ilícita. Con el aumento de los controles bancarios obligatorios sobre la actividad del delincuente y el origen de los fondos movidos, se recurre al depósito solo de billetes de gran denominación, a la división del capital en sumas menores a los \$ 10,000.00 dólares o se usan los bancos en un estado posterior al lavado.

4.- uso de bancos con redes internacionales de agencias y sucursales, como el Bank of Credit Commerce International .

5.- Exportación de moneda a instituciones bancarias extranjeras, especialmente de los "Paraísos Fiscales" de países con regímenes tolerantes o corruptos o con abundancia de actividades altamente dinerarias.

Sin embargo es preciso señalar que el tratar de ocultar o encubrir las finanzas y ganancias que se desprenden de una actividad ilícita, no es una de sus prioridades; para este tipo de delincuentes, su objeto principal es que se siga realizando el ilícito, la acción de ocultamiento en la mayoría de los casos ocurre con los recursos que se utilizaran a mediano plazo, y claro esta a la sombra del secreto bancario.²²

Es evidente que será mayor apreciado el secreto bancario en la medida que no se pueda vulnerar, y esto traiga consigo la pérdida de la actividad financiera y la credibilidad social. Recordemos que en base al secreto bancario, el capital, materia prima con que trabajan todas las instituciones financieras, es lo que está en riesgo, ya que al ser mayor la posibilidad de intervención en una cuenta, serán menos los usuarios de esa institución financiera y es por ello que las empresas financieras cuidan tanto el secreto bancario. Es por eso que la institución financiera y él "inversionista" realizan un contrato con el cual puedan obtener mas ganancias y menos riesgos en base de una meta fija de ganancias en particular. Por ultimo estos delitos económicos, no lesionan solamente al patrimonio nacional, sino que van más allá perjudicando generalmente a la sociedad en sí, y en ocasiones a individuos en particular, como

²² MARTINEZ PEREZ, CARLOS. OB. CIT. PAG. 53

cuando desprendido de algún delito que se quiere encubrir se atenta contra la vida, integridad física o salud, sin contar con el peligro económico que en algún momento pueda ocasionar a una empresa por la competencia desleal.

III.- EL SECRETO BANCARIO

Secreto proviene de el latín *sertun*, que significa lo oculto, lo ignorado lo desconocido, y es una derivación del verbo *secernere*, que significa segregar separar apartar, el diccionario de la lengua española lo define como lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto.²³

Octavio Hernández, es mencionado por Mario Bauche, definiendo al Secreto Bancario como el deber jurídico que tienen las instituciones de crédito y las organizaciones auxiliares y sus empleados de no revelar ni directa ni indirectamente los datos que lleguen a su conocimiento, por razón o con motivo de la actividad a la que están dedicados.²⁴

El Secreto Profesional, se basa en la Ética que deben tener algunas personas en razón de su empleo o profesión, las cuales han tenido conocimientos de los datos y acciones

²³ ACOSTA ROMERO, MIGUEL. DERECHO BANCARIO, CUARTA EDICIÓN, EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1991, PAG. 408.

²⁴ BAUCHE GARCÍA DIEGO, MARIO. OPERACIONES BANCARIAS, CUARTA EDICION, EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1981, PAG. 397.

que les han confiado las personas, y sirve para proteger la seguridad jurídica de las mismas.²⁵

Gusap, define al Secreto Profesional de la siguiente manera, es aquella necesidad, jurídicamente exigible, en que se encuentra ciertas personas, por razón de sus actividades profesionales, de omitir toda revelación directa o indirectamente, de las noticias que adquieran de tal modo. el secreto profesional constituye una obligación jurídica, legalmente exigible por quien revelo el secreto, y que su vulneración da lugar, bien a sanciones penales o a disciplinas.²⁶

Las operaciones con recursos de procedencia ilícita se presentan en todos los campos en que se puede involucrar la economía, de igual manera se extiende a instituciones como los Bancos e incluso a la Bolsa Mexicana de Valores, claro que estas instituciones no lo hacen de una forma consiente y dolosa, pues como se ha dicho, son tantos y tan variados los servicios que prestan estas instituciones y, además con el cúmulo de operaciones que se realizan a diario en ellas es imposible que se pueda verificar el origen de las mismas, esto se da en razón del Secreto Bancario.

El Secreto Bancario no es nuevo, desde hace muchos años es ya conocido, es una parte propia del trabajo de los banqueros, en Francia el primer texto que se refiere al

²⁵ BAUCHE GARCIA DIEGO, MARIO. OB. CIT PAG. 397.

²⁶ PALLARES, EDUARDO. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, DECIMA EDICION, EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1977, PAG. 717.

secreto bancario es del 2 de abril de 1963, en éste la bolsa de París establece, que los asuntos de la propia bolsa no serán conocidos más que por aquellos que negocien en ella; Un reglamento de octubre de 1706, regula el secreto para la banca, cambio, comercio y finanzas.²⁷

La doctrina Francesa justifica de una manera plena el Secreto Bancario, que deriva de la confianza que las personas usuarias tienen con los Banqueros, a tal punto que la indiscreción la califican como una especie de abuso de confianza.²⁸

En Francia el artículo 378 del Código Penal Francés, es la base del principio general del secreto profesional y se ha hecho extensivo no sólo a los médicos, cirujanos y otra clase de profesionistas, sino también a los banqueros.²⁹

La finalidad del Secreto Bancario, es permitir que el sistema bancario de un país se encuentre estable, ya que al haber confianza entre los usuarios, estos proporcionaran todos los datos e informes necesarios, y consecuentemente invertirán su dinero, realizando las operaciones con los bancos, entendiéndose que estos no proporcionarán informes o harán públicos los datos confiados, salvo en algunos casos especiales y concretos a las autoridades.

²⁷ ACOSTA ROMERO, MIGUEL. OB. CIT., PAG. 407.

²⁸ ACOSTA ROMERO, MIGUEL. OB. CIT., PAG. 407.

²⁹ ACOSTA ROMERO, MIGUEL. OB. CIT., PAG. 407.

No debe olvidarse que el establecimiento de una política eficaz en el Secreto Bancario, es para todos los países un medio adecuado para la atracción de capitales, obteniendo con ello una economía más fuerte, por lo que cada país, tiende de alguna manera siempre a proteger la identidad y los datos de los inversionistas, cuidando estrictamente la aplicación del Secreto Bancario.

No solo se vuelve atractiva la inversión para los nacionales de un país, sino que es también de gran atracción para los extranjeros, que ven más protegidas sus inversiones en un país diferente al suyo. Es el caso de Suiza que gran parte de su economía está basada en la inversión que se realiza desde el extranjero a sus bancos.

Suiza tiene un sistema bancario que no se puede dejar de tomar en cuenta cuando se habla de secreto bancario, ya que como es conocida es una región neutral desde 1815, su estructura política Jurídica y Administrativa han permitido establecer un sistema bancario estable, cabe mencionar que muchos de los principios aplicados provienen de este país, los banqueros suizos no publican balances u otros datos, y dan a sus operaciones estabilidad y secreto, una gran parte de inversionista depositan su dinero, sobre todo procedentes de países que no tienen una economía estable o que atraviesan por conflictos internos.

Una de las formas que tiene Suiza para reservar aun más los datos de sus clientes principalmente de extranjeros, son las cuentas numeradas, estas son aquellas en las que el banquero y el cliente llegan a un arreglo, para la elaboración de un número el

que servirá de identificación ante el banco, el nombre y la dirección del cliente es guardada por el banco y solo un reducido número de funcionarios de alto nivel la conocen.

En este país se regula la violación al secreto bancario con una sanción penal, en su Ley Bancaria, que establece prisión por seis meses, seguirá siendo sancionado la violación al secreto aun después de terminada la relación del empleo o del ejercicio de la profesión. también es regulado en forma Fiscal, en su Ley Federal de Bancos y Cajas de Ahorro, en esta ley establece que el banquero tiene derecho sin ninguna reserva ni explicación a responder a las demandas que requieran informes, o testificar ante las autoridades fiscales.

Se han criticado las cuentas numeradas, sin embargo estas tienen un origen cuando algunas personas alemanas o israelitas huían de Alemania en la época del nazismo, y los depósitos llegaban por muy diversas formas. En la actualidad tiene la intención de prevenir contra indiscreciones ya que solo un numero reducido de funcionarios conocen la identidad de los titulares de estas cuentas.

El secreto Bancario en Suiza no protege de la comisión de delitos, pues los tribunales han establecido que no puede ser invocado para ocultar dinero robado o delitos

cometidos de acuerdo con los códigos criminales suizos, en estos supuestos, los bancos deberán proporcionar información a los tribunales.³⁰

En México, la ley General de instituciones de Crédito de 1897, es la primera que regula el Secreto Bancario, prohíbe a los interventores de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público dar a conocer los datos relativos a la banca.

Actualmente se regula el secreto bancario en la Ley de Instituciones de Crédito publicada en 1990, artículo 117.

El secreto bancario es previsto en los artículos 210 y 211 del Código Penal Para el Distrito Federal, que imponen como sanción jornadas de trabajo en favor de la comunidad, prisión hasta por cinco años, multa y en su caso suspensión de la profesión.

De manera Civil se regula en razón de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar a los clientes la revelación de los Secretos a ellos confiados.

Solamente quien puede pedir informes a las instituciones financieras son las siguientes:

³⁰ ACOSTA ROMERO, MIGUEL. OB. CIT., PAG. 415.

Las personas que directamente intervinieron en la operación, es decir, los depositantes, los deudores de la institución, las personas que tengan derecho en cuentas mancomunadas o solidarias, los apoderados de las anteriores personas que reúnan los requisitos exigidos por el Código Civil, y las personas que expresamente estén autorizadas por el titular de la cuenta.

Las autoridades judiciales también tienen derecho a solicitar información, entendiendo por autoridades a La suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Colegiados de Circuito en Materia de Amparo y Unitarios en Materia de Apelación, y los Juzgados de Distrito cualquiera que sea su competencia, civil, penal, administrativa, y el jurado popular federal, en cuanto a las autoridades Federales y en cuanto a las Locales, serán los Tribunales Superiores de Justicia y los Juzgados Civiles y Penales de cualquier rango y jerarquía que se establezcan en cualquier entidad federativa.

Otras autoridades no judiciales son, el Tribunal Fiscal de la Federación, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje, y las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje, las autoridades Hacendarias Federales, que deberán solicitar la información por conducto de la Comisión Nacional Bancaria

Estas autoridades pueden pedir informes directamente a las instituciones financieras, acreditando que la persona de la cual se solicitan los datos, son partes de un proceso, y solamente que se haya ofrecido como prueba el informe o documento de la institución financiera. La Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, tiene toda la facultad de pedir

la información que sea necesaria para realizar su función de inspección y vigilancia en las instituciones de crédito y organizaciones auxiliares, estas a su vez tienen la obligación de proporcionar la información requerida por la Comisión.

ETAPAS DEL LAVADO DE DINERO

El dinero proveniente de los ilícitos, sobre todo de las transacciones provenientes de la venta de drogas en las calles, se efectúan con dinero en pocas cantidades. Por eso se busca cambiar el dinero efectivo en formas seguras y fáciles de negociar, pero buscando esconder el origen ilícito del capital, para lo cual siguen varias etapas.

- La introducción o prelavado
- La transformación o lavado
- La Integración o reconvención

Esta etapa consiste en desaparecer en la medida de lo posible los riesgos, se pondrán a circular cantidades importantes de dinero por depósitos o compras de instrumentos monetarios en establecimientos financieros tradicionales (bancos de crédito o depósito a corto plazo, bancos comerciales, cajas de ahorro) o no tradicionales (casa de cambio de divisas, casa de títulos, casas de bolsa, casinos, servicios postales). Por inversiones en sectores que efectúan muchas liquideces; casinos, comercios en metales preciosos,

restaurantes y bares. Aun, por la compra de carros, aviones, barcos o bienes inmobiliarios.³¹

Para disminuir el riesgo de ser detectados, se utilizan varias técnicas entre ellas se encuentra la estructuración y el fraccionamiento.

La primera consiste en pulverizar grandes cantidades de dinero para colocarlos en pequeñas cantidades en uno o varios negocios.

Esta forma de estructuración se maneja a través de varios individuos llamados "smurfs", los que son encargados de realizar depósitos inferiores a los 10 mil dólares a cuentas establecidas, con lo que no tendrán que hacer declaración sobre las mismas; estos empleados, son un medio eficaz para que se pierdan en un mar de operaciones las ganancias obtenidas de los ilícitos cometidos, ya que son tantas y tan pequeñas las operaciones que resulta muy difícil rastrear a una de ellas.

Otra forma de estructuración es la transportación física de dinero, en esta, el "pasador" envía las maletas llenas de efectivo en fletes, por mensajería internacional o incluso ellos mismos la transportan hacia los llamados paraísos fiscales, es decir países que tienen un gran Secreto Bancario, en ellos se invierten en Bancos Comerciales o cualquier otra Institución Financiera, estos depósitos se confundirán con fondos de

³¹ CUISSET, ANDRÉ. LA EXPERIENCIA FRANCESA Y LA MOVILIZACIÓN INTERNACIONAL CONTRA EL LAVADO DE DINERO. PRIMERA EDICION, P.G.R., MEXICO, 1996, PAG. 27

origen legítimo y se podrá disponer de ellos libremente; las personas van de banco en banco abriendo cuentas menores a diez mil dólares , para después reagruparlos en una cuenta unitaria, con lo que podrá hacer la transferencia con el dinero reintegrado

El fraccionamiento, es precisamente el fraccionar una cantidad de dinero en pequeñas porciones para que se puedan realizar transacciones financieras.

Es aquí donde ha nacido un nuevo oficio, en el cual son verdaderos profesionales, pasan los recursos productos de ilícitos a sociedades "pantalla", hasta que sea imposible rastrear su origen, y reaparece como ganancias legítimas en diversos países.

Desde hace poco, el incremento de los controles, por lo menos en los centros financieros mayores, necesitan competencias tales, que los criminales que reciclaban anteriormente una gran parte de sus fondos, tienen que pasar por "recicladores profesionales" venidos del mundo de las finanzas o del negocio internacional.

Se utilizan también compañías de espectáculos, se realiza un gran promoción para una gira, que aun cuando no tenga éxito, traerá con resultado una forma de lavar el dinero, pues tan grande la gira que será muy difícil precisar cuánto dinero fue lo que se gastó y cuanto ingresó a través de quienes asistieron al espectáculo.

Las casa de juego, son un magnifico lugar para que se realice el lavado dinero, básicamente consiste en la pretensión de haber ganado grandes ganancias, sin haber jugado, o jugado poco.

Los casinos, y notablemente de Las Vegas, ofrecen a los traficantes un excelente medio para transformar sin riesgo los billetes de origen dudoso en "ganancias de juego", completamente legales, sin embargo este método no puede funcionar a gran escala para transacciones importantes, más que con la complicidad de la dirección del casino.

"La sociedad Taxi" es una empresa que entrega facturas falsas a otras empresas, estas ultimas pagan las facturas con cheques que son cobrados por los "Taxis", y entregan el efectivo a las empresas que utilizan sus servicios.

TRANSFORMACION O LAVADO DE DINERO

En esta etapa lo principal es la inversión en una institución financiera del capital, en pequeñas cantidades, para que sea difícil rastrear su origen.

Se puede realizar por medio de sistemas financieros, cambiando el efectivo por Cheques de viajero, compras de oro, cheques de banco, etc. y se transfieren hacia otros bancos, nacionales o extranjeros.

Todos los depósitos se realizan en pequeños cortes para reducir la sospecha, y a demás se efectúan a nombre de una persona ficticia o de una sociedad en la que los nombres de los dueños no son revelados.

Se tiene un grave problema en la corrupción bancaria; en ocasiones los empleados bancarios se corrompen y pueden aceptar operaciones sin identificar a los clientes o con identificaciones falsas. En algunas otras ocasiones sin que se corrompan los empleados, se realizan las operaciones sin identificar a los clientes por ejemplo, cuando se cambia efectivo en ventanilla, cheques de caja, cambios de divisa. este ultimo punto se da mas frecuentemente en las casas de cambio, sin embargo este cambio no resuelve el problema es si, es solo una manera de que se dificulta la identificación.

LA INTEGRACIÓN O RECONVERSION

Esta etapa tiene como objetivo reintegrar el dinero blanqueado haciendo aparecer que tiene un origen legal.

Se trata de reintroducir las cantidades blanqueadas dentro de la economía, gracias a "las sociedades pantalla" que realizan operaciones de venta de bienes inmobiliarios, establecen falsas facturas en importación y exportación, reembolsos, por sociedades filiales y préstamos ficticios concedidos por su casa matriz.

CAPITULO III

ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO EN ESTUDIO

De acuerdo a la noción Jurídico substancial del delito, éste se puede estudiar desde dos puntos de vista muy diferentes; el unitario o totalizador y el atomizador o analítico; el primero de ellos nos indica que el delito a pesar de presentar diversos aspectos es indivisible y que por lo tanto debemos analizarlo como un todo orgánico; por su parte el atomizador o analítico se encarga de estudiar al delito por sus elementos que lo integran, siendo una pluralidad de opiniones a este respecto, pues mientras algunos especialistas señalan que el delito se integra por dos o tres elementos, otros indican que son hasta siete los elementos que lo constituyen.³² Por nuestra parte atendiendo los criterios de JIMÉNEZ de ASUA, y CASTELLANOS TENA, haremos el estudio del Delito que se comete en las operaciones que se realizan con recursos de procedencia ilícita, analizando los siguientes elementos

POSITIVOS

CONDUCTA
TIPICIDAD
ANTI JURIDICIDAD
IMPUTABILIDAD
CULPABILIDAD
CONDICIONES OBJETIVAS DE
PUNIBILIDAD
PUNIBILIDAD

NEGATIVOS

AUSENCIA DE CONDUCTA
ATIPICIDAD
CAUSAS DE JUSTIFICACION
INIMPUTABILIDAD
INCULPABILIDAD
AUSENCIAS DE CONDICIONES
OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD
EXCUSAS ABSOLUTORIAS

³² CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, EDICION TRIGESIMA SEPTIMA, EDIT. PORRUA, MEXICO, 1997, PAG. 129.

DEFINICIÓN DE DELITO

Son muchas y muy variados los intentos por definir el delito, Jiménez de Asúa dice que la definición de delito nada enseña a los doctos y nada aclara a los profanos;³³ sin embargo nuestro del Código Penal en su artículo 7, define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales. El delito que en nuestro caso estudiaremos es:

Artículo 400 bis del Código Penal,

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

Las mismas penas se aplicarán 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

³³ CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO, EDITORIAL PORRUA, EDICION DECIMA OCTAVA, MEXICO, 1995, PAG. 24.

procedimientos y sanciones que correspondan 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 servidor público encargado de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos. En este caso, se impondrá a dichos servidores públicos, además, inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

En caso de conducta prevista en este artículo, en la 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 sus facultades de fiscalización, encuentre 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 confiere las leyes y, en su caso, denunciar hechos que probablemente puedan constituir dicho ilícito.

Para los efectos de este artículo se entiende que es 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.

Para los mismos efectos, el Sistema Financiero se encuentra integrado por las Instituciones de Crédito, de Seguros y de Fianzas, Almacenes Generales de Depósito, Arrendadoras Financieras, Sociedades de Ahorro y Préstamo, Sociedades Financieras de Objeto Limitado, Uniones de Crédito, Empresas de Factoraje Financiero, Casas de

Bolsa y otros intermediarios Bursátiles, Casa de Cambio, Administradoras de Fondos de Retiro y cualquier otro intermediario Bancario.

El lavado de dinero es la actividad encaminada a darle el carácter de legítimo a los bienes productos de la comisión de los delitos, los cuales reportan ganancias a sus autores.³⁴

CONDUCTA

Por conducta debemos entender. El comportamiento humano voluntario positivo o negativo, encaminado a un propósito³⁵. La conducta que interesa al Derecho es solamente la realizada por el hombre y que produce consecuencias para el campo del derecho. Se observa en la definición anterior, que se refiere únicamente al ser humano, ya que solo la persona humana es posible sujeto activo de la infracción, pues solo ella puede activar con voluntad y ser imputable.³⁶ Ha quedado fuera de discusión si una persona moral puede delinquir, pues como se anota solo las personas físicas tienen voluntad para la realización de algún, ilícito, si se involucra a la persona moral en el delito, no es ella la responsable del mismo, será el individuo en particular el que lleve acabo la conducta delictuosa.

³⁴ NANDON LEFORT, VICTOR MANUEL. EL LAVADO DE DINERO, EDICION PRIMERA, EDIT. TRILLAS, MEXICO, 1997.

³⁵ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. OB. CIT. PAG. 149

³⁶ CARANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. OB. CIT. PAG. 263.

Las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos del delito: aunque las personas morales tengan una personalidad propia, como la tienen también las personas físicas, es lo cierto que aun que aquella unidad de conciencia y voluntad que se revela en el individuo no aparece nunca en el ente jurídico. La facultad de querer que se exige para la tipificación el delito es un fenómeno psíquico propio y exclusivo de los seres humanos.³⁷

Por otra parte, sí pueden ser sujetos pasivos del delito tanto las personas físicas como las morales, incluso el Estado mismo. El Estado es particularmente sujeto pasivo de ciertos delitos (Tit. II C.P.). Se ha sostenido que la sociedad misma es sujeto pasivo de todos los delitos, pero aunque las penas solo se establezcan para la defensa social, el interés de sus miembros y el orden público llevan a la sociedad a movilizarse, y esto lo hace por medio del estado, en función de la personalidad jurídica que éste ostenta.³⁸

Se puede observar que el artículo 400 bis se incluye en el libro segundo del Código Penal, en el cual se regulan todos los delitos que perjudican de alguna manera al Estado.

Las empresas privadas y en especial los bancos, son personas morales que sufren este tipo de delitos. En la actualidad los asaltos bancarios no son sólo los que cometen los ladrones que entran en una sucursal armados para cometer un ilícito, existen

³⁷ REYES ECHANDIA, ALFONSO. DERECHO PENAL, EDICION DECIMA, EDITORIAL TEMIS, COLOMBIA, 1996, PAG. 100.

³⁸ CARANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. OB. CIT. PAG. 270

también los delitos silenciosos, los llamados "delitos de Cuello Blanco", el que hacen los funcionarios mediante transacciones ilícitas de montos millonarios.

Por otra parte cuando el Código se refiere al acto u omisión, esta hablando de acción, y por esta debemos entender como la voluntad manifestada por un movimiento del organismo o por la falta de ejecución de un hecho positivo exigido por la ley, todo lo cual produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior³⁹

La acción cuenta con tres elementos

- a) Voluntad.- basta que el sujeto quiera su propio obrar, aun que no quiera el resultado del mismo
- b) .La actividad.- es la actividad del agente que realiza al exterior la interna decisión.
- c) Deber jurídico de abstenerse.- existe un deber jurídico de abstenerse de no obrar.⁴⁰

En el estudio que nos ocupa, se desprende que cumple con todos los elementos de la acción, la voluntad se encuadra en el tipo cuando dice "con conocimiento" "con el propósito", ya que si tiene el conocimiento y quiere el resultado, es decir tiene el propósito de realizar la conducta prohibida por la norma, tiene la voluntad de realizar el ilícito, mientras que la actividad esta comprendida cuando realiza un hacer como enajenar, administrar, custodiar, depositar, dar en garantía, invertir, transportar o

³⁹ CARANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. OB. CIT. PAG. 225

⁴⁰ PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. APUNTAMIENTO DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL, EDICION DECIMO TERCERA, EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1990, PAG. 238.

transferir; requiere entonces de un hacer corporal de la persona que realiza el ilícito y, por último se tiene un deber jurídico de abstenerse de obrar en la forma mencionada ya que así lo ordena la norma penal.

La omisión radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención, en dejar de hacer lo que tiene que ejecutar. La omisión es la forma negativa de la acción.⁴¹ Esta es de dos formas omisión simple y comisión por omisión. La omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario, violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de mandamiento o imposición. La comisión por omisión es cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario violando una norma preceptiva (Penal o de otra rama del Derecho) y una norma Prohibitiva.⁴²

En el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, no puede darse en la forma negativa de la acción, como omisión simple requiere dejar de hacer lo que se tiene ordenado, lo ordenado en este caso es siempre en forma positiva, en un actuar, lo que no permite darse en forma de omisión; tampoco se puede realizar como comisión por omisión, por que se ha mencionado que todas las formas tienen que darse por una acción positiva, es decir el tipo penal requiere que de un actuar, en el que se realice un cambio en el mundo exterior con consecuencias jurídicas.

⁴¹ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. OB. CIT. PAG. 152.

⁴² PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. APUNTAMIENTO DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL, EDICION DECIMO TERCERA, EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1990, PAG. 239

AUSENCIA DE CONDUCTA

En algunas circunstancias, surge el aspecto negativo de la conducta, o sea, la ausencia de conducta. Esto quiere decir que la conducta no existe y, por tanto, da lugar a la inexistencia del delito.⁴³

Se entiende entonces, que la falta de acción del agente no produce delito, o bien que aun cuando existan actos realizados por el sujeto, pero sin la voluntad, no constituyen delito; por su parte el artículo 15 fracción I del Código Penal, establece la exclusión del delito cuando el hecho se realiza sin intervención de la voluntad del agente.

Se tiene que no son delitos, aquella conducta realizada por cualquier persona en las que no intervenga su voluntad; como se desprende del artículo 400 bis, requiere siempre la voluntad del agente para la comisión del ilícito, éste tiene el conocimiento de que los recursos provienen de un ilícito, y a un mas quiere el resultado, por que tiene el propósito de ocultar los mencionados recursos.

Una de las causas que dan origen a la ausencia de la voluntad es la vis maior, la cual se deriva por causas provenientes de la naturaleza y la vis absoluta, que se da por causas que proceden del ser humano.⁴⁴

⁴³ AMUCHATEGI REQUENA, IRMA G. DERECHO PENAL, EDITORIAL HARLA, S/E, MEXICO, 1993, PAG. 52.

⁴⁴ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. OB. CIT. PAG. 165

Entonces, si se quiere el resultado, esto es, se tiene la voluntad por parte del infractor para la comisión del ilícito, y en el delito de estudio siempre existe la voluntad, por lo cual no se puede hablar de una ausencia de conducta, ya que siempre existirá la conducta positiva, el hacer físico y por tanto la voluntad, por lo que no es posible pensar que por causa ajena la voluntad del individuo, ya sean causas provenientes de la conducta humana ó bien de una fuerza física irresistible de la naturaleza, se tenga que realizar la conducta prohibida por la norma.

Algunos autores consideran también como formas de ausencia de la voluntad los movimientos reflejos, el sonambulismo y el hipnotismo. Por que se consideran que en estos estados de inconsciencia no se tiene la voluntad del agente para realizar el delito. Sin embargo debemos tener en mente que si el estado de inconsciencia fueron provocado por el propio sujeto o con su consentimiento, él resultara ser responsable de la conducta hecha.

Tampoco operan los movimientos reflejos, sueño o sonambulismo, por que las conductas exigidas por la norma, son tales que necesitan de varias acciones, incluso algunas de ellas necesitan de actos formales para que se puedan realizar, pensemos en una compraventa de inmueble que se realizar ante un notario publico y posteriormente la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, son actos que no se dan de manera accidental, si no que tienen una voluntad especifica para llevarse acabo. En nuestra opinión tampoco puede darse el caso de un hipnotismo, por que si

se quiere realizar una transferencia de dinero hacia otro país, sería mucho más fácil sobornar a un empleado bancario que tratar de hipnotizarlo. Por su parte el sueño es un estado de inconsciencia, es decir el sujeto no tiene voluntad para realizar acto alguno, por lo tanto es más fácil que se realice en delitos de omisión, y toda vez que nuestro delito requiere de acciones es imposible que se pueda realizar este ilícito por el sueño.

TIPICIDAD

Para entender que es la tipicidad debemos tener claro que es el tipo y por este debemos entender: la descripción legal de un delito o bien la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva.⁴⁵ Y se entiende por tipicidad la adecuación de la conducta al tipo, o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal.⁴⁶ En el caso concreto el tipo penal es el establecido por el artículo 400 bis del Código Penal. (Publicado en el diario Oficial de la Federación el 13 de Mayo de 1996.)

Los elementos del tipo son: a) los sujetos, que son activo ó pasivo, b) conducta, y c) objeto, que es objeto jurídico y objeto material.

a)- Ya mencionamos que se llama sujeto activo de un ilícito, a la persona que realiza la conducta descrita por el legislador como delito, y que solo pueden ser personas físicas las infractoras de la ley penal, por otra parte, algunas veces el tipo requiere de ciertas

⁴⁵ AMUCHATEGI REUQENA, IRMA G. OB. CIT. PAG. 56

⁴⁶ AMUCHATEGI REUQENA, IRMA G. OB. CIT. PAG. 56

referencias como son: el tiempo, lugar y algunas valoraciones jurídicas o culturales; este delito no especifica condiciones de tiempo, la referencia de lugar es precisamente el sitio en donde se comete el ilícito en nuestro estudio, el lugar donde tiene que cometerse el ilícito es en el territorio nacional, de éste hacia extranjero o a la inversa; en las valoraciones jurídicas nuestro delito las tiene cuando habla de que tiene el conocimiento de que provienen o representan el producto de una actividad ilícita; y las valoraciones culturales las encontramos en determinados supuestos cuando este ilícito se comete por empleados y funcionarios de las instituciones que integran el sistema financiero mexicano, o servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de los delitos

El sujeto pasivo del delito, es el titular del bien protegido por el Estado. Al contrario de lo que sucede con el sujeto activo tanto las personas naturales – sin distinción de sexo, condición, o estado mental – como las jurídicas, pueden tener esta calidad, como quiera la titularidad de los bienes jurídicamente protegidos por el legislador no es patrimonio exclusivo de las personas naturales.⁴⁷

Debemos dejar claro cual es el bien jurídicamente tutelado por el Estado, y a diferencia de otros delitos en los cuales se afecta un solo bien, aquí se ven amenazados varios de ellos, por una parte se daña al Estado en el erario público como en la evasión fiscal,

⁴⁷ REYES ECHANDIA, ALFONSO. OB. CIT. PAG. 43

pero también se perjudica al particular cuando de alguna manera se hacen empresas fantasmas que lesionan a los empresarios honestos, no debemos olvidar a la sociedad que se ve afectada, en una gran medida ya que este ilícito es consecuencia de un delito anterior como el fraude o narcotráfico.

Recordemos como dice Carla del Ponte que el lavado de dinero está destinado a blanquear fondos de origen criminal para darle una utilización legal. Esta operación sirve, pues, para ocultar el origen ilegal del dinero.⁴⁸

Para Osorio y Nieto, los bienes protegidos por el Estado son la paz, tranquilidad y seguridad pública, bienes que se ven dañados o en peligro, al incrementarse el poder económico de las organizaciones delictivas internacionales, mediante la inversión de bienes generados por actividades ilícitas, en operaciones ilícitas.⁴⁹

Si tomamos en cuenta que el narcotráfico es el principal delito por el que se produce el lavado de dinero, esta es lo cierto García Ramírez cuando menciona: El narcotráfico, es una desmesurada delincuencia por motivos económicos: Criminalidad de lucro, pensando en el bien jurídicamente tutelado, el Código Penal habla de delitos contra la

⁴⁸ DEL PONTE, CARLA. NARCOTRAFICO Y CORRUPCION, TR. DEL FRANCÉS JORGE GUERRERO, S/E, EDITORIAL TEMIS, COLOMBIA, 1997, PAG.164.

⁴⁹ OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO. DELITOS FEDERALES, SEGUNDA EDICION, EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1995, PAG. 197

salud. Ahora sabemos, como antes lo dije que los bienes jurídicos en juego son también otros: la soberanía, la paz, la seguridad pública.⁵⁰

Se podría sostener que con el blanqueo de capitales la finalidad perseguida es la de dar la apariencia de haber obtenido lícitamente bienes, cuya procedencia es la comisión de los delitos. Esa idea se desvanece por que otra de las finalidades posibles es la de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de los delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones. Las acciones castigadas no requieren una especial finalidad, basta con ocultar o encubrir la naturaleza, el origen, la ubicación, etc. de los bienes.⁵¹

b)- Conducta.- El legislador toma en cuenta los diversos modos de reaccionar de él individuo, ante los estímulos que depara el ambiente social, en el que vive y toma nota de aquellos que vulneran derechos personales o sociales poniendo con ello en peligro la estabilidad del conglomerado humano que el Estado tiene la obligación de proteger, y de esa acuciosa observación deduce cual de ellas debe prohibir bajo la amenaza de una sanción criminal; cuando a tal conclusión llega, tomando como base esos comportamientos individuales que ordinariamente se refieren en condiciones similares,

⁵⁰ GARCIA RAMIREZ, SERGIO. NARCOTRAFICO UN PUNTO DE VISTA MEXICANO, EDIT. PORRUA, MEXICO, 1989, PAG. 36.

⁵¹ ANTONIO ROMERAL MORALEDA Y MANUEL GARCÍA BLAZQUEZ, TRAFICO Y CONSUMO DE DROGAS,S/E, EDIT. COMARES, ESPAÑA, 1993, PAG. 230.

plasma en la norma un modelo o arquetipo dentro del cual pueden quedar aquellos subsumidos.⁵²

c)- Objeto, es precisamente sobre quien recae la conducta delictuosa, por una parte se encuentra el objeto jurídico, que es como se ha mencionado con anterioridad, aquel bien o valor que el Estado protege frente a posibles ataques. El objeto material es la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica.

Clasificación de los tipos

Normales: las palabras empleadas por el legislador se refieren a situaciones puramente objetivas, .⁵³

Anormales: además los elementos descriptivos, incluyen también elementos normativos y subjetivos, el juzgador debe realizar una valoración para la aplicación de la ley

Fundamentales o básicos: Tiene plena independencia, no deriva de tipo alguno y su existencia es independiente de cualquier otro⁵⁴

Especiales: son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia excluye la aplicación del básico.⁵⁵

⁵² REYES ECHANDIA, ALFONSO. OB. CIT. PAG. 47

⁵³ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. OB. CIT. PAG. 170

⁵⁴ PORTE PETIT CANAUDAP, CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL, OB. CIT. PAG. 355

⁵⁵ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. OB. CIT. PAG. 171.

A su vez puede ser privilegiado, se forma con un tipo fundamental agregando otro requisito que implica disminución de la pena, cualificado, se forma con un tipo fundamental agregando otro requisito que implica aumento de la pena.

En el caso concreto al tratarse de un delito, en el cual se encubre o trata de encubrir los productos de un ilícito, es un tipo especial, y además calificado, porque si en la comisión del ilícito intervienen servidores públicos, la pena será aumentada.

Independientes: son, los que tienen vida propia sin depender de algún otro tipo.⁵⁶

Subordinados: dependen de otro tipo, autónomo, al cual no solo complementan si no se subordinan.⁵⁷

Se puede creer que el tipo del artículo 400 bis del Código Penal, es un delito subordinado, por que tendría que probarse primero que existe un delito anterior al de lavado de dinero, ya que de esta forma si no existe un delito anterior, no existirían recursos para la elaboración de un delito posterior, sin embargo, el propio precepto menciona que para los efectos de este artículo, se entiende que son productos 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

⁵⁶ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. OB. CIT. PAG. 172

⁵⁷ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. OB. CIT. PAG. 172

las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse la legítima procedencia. Es un delito autónomo, porque subsiste por si mismo.

Formulación Amplia: se describe una hipótesis única donde caben todos los modos de ejecución.

Formulación Casuística: el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecución del delito, estas a su vez alternativas, se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas Y acumulativamente formados al requerir el concurso de todas las hipótesis.

Nuestro delito es de formulación casuística, ya que plantea varias hipótesis para su integración, además es alternativo, porque basta con que ocurra alguna de las conductas descritas para que se realice el delito.

De daño: El tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución.

De peligro: Cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado.

Es un delito de peligro, porque protege al Estado, a los Particulares y a la Sociedad, ante la posibilidad de una evasión fiscal: práctica deshonesta en la competencia de mercado y posibilidad de que se cometan otros delitos.

ATIPICIDAD

El aspecto negativo de la tipicidad, es la atipicidad, es decir, la conducta no se encuadra a la descripción hecha por el legislador, sin embargo no debemos confundir con la falta tipo. Al respecto Marquez Piñeiro menciona, la ausencia de tipo se produce cuando el legislador, por defecto técnico o deliberadamente, no describe una conducta que según el sentir general, debía haber sido definida y fijada en los preceptos penales, dejando sin protección punitiva a los intereses violados.⁵⁸

Por otra parte, El código Penal en su artículo 15 fracción II, menciona que es causa de exclusión del delito, cuando falta algún elemento del tipo.

Castellanos Tena resume las causas de atipicidad en:

- a) Ausencia de calidad o numero exigido por la ley en cuanto a sujeto activo y pasivo.
- b) Si falta el objeto material o el objeto jurídico
- c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas por el tipo.
- d) Al realizarse el hecho por los medios comisivos especialmente señalados en la ley.
- e) Por no darse en su caso, la antijuridicidad especial.⁵⁹

⁵⁸ MARQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL. DERECHO PENAL, EDITORIAL TRILLAS, EDICION PRIMERA, MEXICO, 1986, PAG. 226.

⁵⁹ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. OB. CIT. PAG. 175

Entonces tendremos atipicidad, si una persona no se encuadra exactamente a la conducta descrita por el legislador en el artículo 400 bis; Pensemos en un empleado de banco, que diariamente realiza operaciones bancarias, transfiriendo dinero de una cuenta a otra, en el territorio nacional, o de este al extranjero, sin embargo este empleado de banco no tiene el conocimiento de que el dinero de una cuenta que está manejando, es producto de acciones ilícitas, mucho menos tiene la intención de cubrir su origen, manejo o destino, por tanto no se dan las condiciones necesarias previstas por la ley para que se integre el delito.

ANTI JURIDICIDAD

Son muy variadas las formas que se han definido a la antijuridicidad, Carrancá y Trujillo mencionan que es la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado⁶⁰, comúnmente se acepta como lo contrario a Derecho.

La conducta realizada y que se ajusta al artículo 400 bis del Código Penal, será antijurídica, ya que este precepto estipula que es una conducta antijurídica la realización de los hechos que el propio precepto establece.

⁶⁰ CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO, EDICION DECIMA OCTAVA, PORRUA, MEXICO, 1995, PAG. 353.

CAUSAS DE JUSTIFICACION

La ley penal castiga toda aquella conducta contraria a derecho, sin embargo excepcionalmente la propia ley establece casos en los que justifica la conducta típica y son llamadas a esto causas de justificación.

Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspectos de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídico, de contrario al Derecho, que es el elemento más importante del crimen.⁶¹

Las causas de justificación, se encuentran en las fracciones IV, V Y VI del artículo 15 Código Penal. Son causas de justificación la legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio legítimo de un derecho y cumplimiento de un deber en forma legítima.

Legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla.⁶²

⁶¹ JIMENEZ DE ASUA, LUIS. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL LA LEY Y EL DELITO, EDICION TERCERA, EDITORIAL SUDAMERICA, ARGENTINA, 1990, PAG. 284.

⁶² JIMENEZ DE ASUA, LUIS. OB. CIT. PAG. 289.

Para que se presente esta excluyente, tiene que existir una agresión actual, e inminente, es decir que tenga que ser repelida en ese preciso momento, no puede ser una repulsa sobre una agresión por acontecimientos futuros o pasados, por que en este ultimo caso se estaría hablando de una venganza; la agresión debe ser ilegítima, esto es que la persona que ataca no tenga ningún motivo, pues de otra manera el derecho para rechazarla no valdría,

Resulta evidente, que en las operaciones con recursos de procedencia ilícita no se puede encuadrar la legítima defensa como causa de justificación, por que no existe forma alguna en la que se tenga que repele una agresión realizando actos que originen el lavado de dinero.

Tendremos estado de necesidad cuando para salvaguardar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley.⁶³

Tampoco se encuadra el estado de necesidad, por que por que el artículo 15 fracción V del Código Penal, establece que debe actuar por la necesidad de salvaguardar un bien Jurídico protegido propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionando dolosamente por parte del agente, lesiones de otro bien de menor o igual

⁶³ PORTE PETIT CANAUDAP, CELESTINO. OB. CIT. PAG. 431

valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo. Como se desprende del artículo antes mencionado, no debe ocasionar lesiones a otro bien, y por supuesto, el delito de que estamos hablando es producto de un ilícito, obviamente se ocasiona una lesión a un tercero, y por supuesto es doloso por que sabe que el mencionado bien es producto de un delito anteriormente cometido.

Ejercicio legítimo de un derecho, Consiste en el ejercicio de una facultad concedida a un sujeto por la norma permisiva o contra norma para la satisfacción de un interés más valioso, consiguientemente que prepondera sobre el interés que es antagónico.⁶⁴

Nadie es titular de un derecho, cuyo ejercicio legítimo o regular pueda consistir en lesionar a un tercero, o su patrimonio, por lo que no opera en nuestro caso esta causa de justificación, y menos si tenemos en cuenta la calidad de servidor público que está encargado de prevenir delitos como este.

Existe cumplimiento de un deber en forma legítima, cuando alguien realiza una conducta ordenada por la norma.⁶⁵ No se puede hablar de que una norma autorice a una persona para que realice actos ilícitos, y menos si estos actos son consecuencia de un delito anterior, como es el lavado de dinero.

⁶⁴ PORTE PETIT CANAUDAP, CELESTINO. OB. CIT. PAG. 461

⁶⁵ PORTE PETIT CANAUDAP, CELESTINO. OB. CIT. PAG. 475

IMPUTABILIDAD

Para Castellanos Tena, la Imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal, es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.⁶⁶

Debemos entender primero que imputar es, es atribuirle alguna conducta a una persona, es decir que se le hace directamente responsable de un acto, para que este responda de este acto. Esta persona debe tener la capacidad de conocer lo que es delito, por lo que una persona que tiene pleno conocimiento de que su actuar es contrario a las leyes, es una persona imputable. A este respecto Ignacio Villalobos establece, la imputación como capacidad de conducirse socialmente o de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política; como susceptibilidad a la intimidación o capacidad para sentir la coacción intimidatoria o capacidad para sentir la intimidación psicológica que el Estado ejerce mediante la pena, o como constitución y fortalecimiento psicológico normales, es algo que lleva implícita una verdadera capacidad de entender y de querer puesto que entender y querer, al ejecutar un acto antijurídico, es la que habrá de constituir la culpa⁶⁷

⁶⁶ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. OB. CIT. PAG. 218.

⁶⁷ VILLALOBOS, IGNACIO. DERECHO PENAL, EDITORIAL PORRUA, QUINTA EDICION, MEXICO, 1990, PAG. 287.

En el caso que nos ocupa, tendremos la imputabilidad de alguna persona, que al momento de realizar cualquiera de las conductas previstas en el primer párrafo del artículo 400 bis del Código Penal, tenga la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho. Resulta notorio que cualquier persona en condiciones de normalidad, puede realiza las conductas que establece el mencionado artículo, por lo que cualquier persona de realizar este ilícito, aun más si se toma en cuenta la calidad de funcionario del sistema financiero o bien de servidor público, en la que se necesita una comprensión sobre su actuar y un grado de estudio, estamos hablando de que es completamente sano mentalmente para la realización del delito de estudio, porque no se puede emplear ni en el sistema financiero ni como funcionario público a una persona que se encuentre limitado de su capacidad mental.

INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad es la ausencia de capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal.

La fracción VII del artículo 15 del Código Penal, señala que habrá una causa de inimputabilidad cuando al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o

culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando no haya lo haya previsto o le fuera previsible.

Debemos entender con esto, que existen dos causas de imputabilidad, una el trastorno mental y otra el desarrollo intelectual retardado. El trastorno mental consiste en la perturbación de las facultades psíquicas, mínimas que deben de ser de tal magnitud que impida al agente comprender el carácter ilícito del hecho realizado, o conducirse de acuerdo con esa comprensión.⁶⁸

El Miedo grave es otra causa de inimputabilidad, y la entendemos como aquella circunstancia interna subjetiva en que el individuo se encuentra marginado por la misma, para actuar de manera distinta.⁶⁹

El temor fundado: son circunstancias objetivas ciertas, que obligan al sujeto a actuar de determinada manera, incitando al agente a rehusar ciertas cosas por considerarlas dañosas o riesgosas⁷⁰.

También es causa de inimputabilidad la minoría de edad, el artículo 4° de la Ley para el Tratamiento de Menores infractores, fija los 18 años, para ser considerados como

⁶⁸ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. OB. CIT. PAG. 226.

⁶⁹ LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL. OB. CIT. PAG. 189.

⁷⁰ LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL. OB. CIT. PAG. 190.

inimputables, por lo tanto cuando un menor de esta edad realiza actos típicos del Derecho Penal, no se configuran como delitos.

Alguna persona que se pudiera situar en las hipótesis señaladas en el artículo 400 bis del Código Penal debe tener incuestionablemente la capacidad de comprender en el campo del Derecho, como ya hemos mencionado si tomamos en cuenta la calidad de empleado del sistema financiero, o de servidor Público, en las que debe tener un estado de salud mental sano para el desempeño de los mencionados cargos. Ya que las acciones que tiene que realizar implican un grado de conocimiento que indiscutiblemente requiere la salud mental exigida por la ley para ser sujeto imputable del delito.

Por otra parte el desarrollo intelectual retardado, o trastorno mental, tampoco opera en el delito que nos ocupa, pues como se ha mencionado, se requiere de algún grado de conocimiento e inteligencia para saber la acción que se esta realizando, y que estos bienes o recursos que maneja provienen de un delito anterior, por lo que si esta consiente de la ilicitud del mismo, implica que tiene la capacidad de entender en el campo del Derecho, tal es su conocimiento y entendimiento del delito antes cometido, que tiene la intención de encubrirlo, por lo que no es aceptable que en algún momento una persona se pueda situar en la inimputabilidad del delito de estudio.

CULPABILIDAD

Para la existencia de un delito, no basta con que sea una conducta típica y antijurídica debe además existir una relación psicológica entre la conducta y el delincuente, por eso Castellanos Tena define a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.⁷¹ Para Cuello Calón es el juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley.⁷²

El Código Penal establece que las acciones solo se pueden realizar dolosa o culposamente, obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la valoración a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

El dolo, existe entonces cuando se produce el resultado típicamente antijurídico, del cual esta plenamente consciente el autor del hecho, es decir que se tiene un nexo entre su actuar y el resultado obtenido. Como se aprecia en el presente estudio, el sujeto que

⁷¹ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. OB. CIT. PAG. 234

⁷² CUELLO CALÓN, EUGENIO. DERECHO PENAL, TOMO I, EDITORIAL BOSCH, EDICION DECIMA OCTAVA, ESPAÑA, 1981, PAG. 436.

se encuadre al actuar previsto por el artículo 400 bis, esta plenamente consiente de su actuar, es decir realiza la acción queriendo obtener el resultado típico.

Por su parte la culpabilidad se encuentra en dos formas dolo y culpa, el dolo consiste en un actuar consiente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.⁷³, es decir se encuentra con un elemento ético y otro volutivo o emocional. Por lo que el delito en estudio cuenta con todos los elementos del dolo.

El elemento ético, se constituye en el momento en que el individuo tiene conocimiento de que los bienes o productos, son resultado de una actividad ilícita. El elemento emocional se establece cuando el sujeto tiene el propósito de encubrir el origen o destino de los mencionados bienes o productos, incluso cuando se alienta alguna actividad ilícita, esto es tiene la voluntad de realizar el hecho típico.

Otra forma de culpabilidad es la preterintención, existe cuando se produce un resultado de mayor gravedad que el deseado, esto es existe la intención de causar un daño, pero se produce otro de mayor gravedad, por actuar con imprudencia.

⁷³ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. OB. CIT. PAG. 239

INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es el elemento negativo de la culpa, se da por un mal conocimiento de del hecho realizado, Para Castellanos Tena, la inculpabilidad opera al hallarse ausente los elementos esenciales de la culpabilidad conocimiento y voluntad.⁷⁴ Las formas de inculpabilidad es el error y la ignorancia, mientras en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; en el error se conoce pero se conoce mal, en la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento, por que nada se conoce, ni errónea ni certeramente.⁷⁵

El error de Derecho ocurre cuando el sujeto tiene una falsa concepción del derecho, por que cree que el derecho justifica su acción, cabe hacer mención que el desconocimiento de la ley no beneficia a nadie.

El error de hecho puede ser esencial o accidental, el esencial de da cuando el sujeto puede y debe prever el error. En el segundo de da por un simple error, el error accidental a su vez puede ser error en el golpe, cuando alguien realiza la conducta delictiva pero se equivoca por causa de una imprecisión; error en la persona, la persona realiza el delito pero lo realiza con el sujeto pasivo equivocado; error en el delito se produce otro delito que no era el que se planeaba realizar.

⁷⁴ CATSELLANOS TENA, FERNANDO. OB. CIT. PAG. 257

⁷⁵ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. OB. CIT. PAG. 259.

El delito putativo se encuadra cuando la persona cree que al realizar el delito existe una circunstancia que justifica su conducta, sin embargo esta no existe. Las eximentes putativas son: defensa putativa, estado de necesidad putativa, ejercicio de un derecho putativo, y cumplimiento de un deber putativo.

En la legítima defensa putativa, el sujeto cree, fundado en un error esencial invencible, ejecutar un legítimo derecho de defensa, siendo injustificada tal creencia por inexistencia de una auténtica agresión. En el estado de necesidad putativo, la creencia de un estado de peligro, real, grave e inminente, fuera de toda realidad constituye el falso conocimiento del hecho que lleva al agente a lesionar bienes jurídicos ajenos. El ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber putativos, la conducta antijurídica se supone ilícita, en virtud de un error sobre la existencia del derecho o del deber que se ejercita o cumplimenta.⁷⁶

Otra causa de inculpabilidad es la no-exigibilidad de otra conducta se encuentra cuando al realizarse la conducta típica no se puede exigir otro comportamiento, por razón de los lazos de parentesco o amistad que lo ligan con la persona que realiza el ilícito.

El temor fundado, se ocasiona cuando se realiza el daño por causa de una coacción moral que se ejerce sobre la persona que siente una agresión actual.

⁷⁶ PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. MANUAL DE DERECHO MEXICANO. DECIMA EDICION, EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1991, PAG. 442.

Como hemos dicho el error puede ser de hecho o de derecho, Pero estos no se pueden dar en el delito que nos ocupa, pues si bien en algún momento pudiéramos pensar en una persona que se sitúe en los presupuestos del multicitado artículo 400 bis del Código Penal, y que por error cometiera el delito tipificado, esto es que desconociendo que los recursos o bienes son productos de un ilícito anterior, realice alguna de las conductas hechas en el artículo de referencia, entonces estaríamos en presencia de una atipicidad, ya que uno de los presupuestos para que se encuadre el delito es precisamente que se tenga conocimiento de que los bienes son producto de un delito anterior, es decir resulta requisito indispensable para la integración del delito dicho conocimiento. y por tanto, en ningún momento podría operar la inculpabilidad.

Por otra parte, pensemos en una persona que realiza operaciones bancarias, creyendo que el dinero que esta manejando, es producto de un delito, esto es se encuentra en un error, y que al depositar en una cuenta, se cubrirá su origen ilícito, sin embargo, posteriormente se entera de que el dinero si procedía de una causa legítima, por tanto tampoco se encuadra el ilícito de estudio, por que no se ha causado daño alguno. Se nota que tampoco opera el error como forma de inculpabilidad.

PUNIBILIDAD

Punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma.⁷⁷

La punición para este delito es de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días de multa. En caso de ser empleado del sistema financiero, además la sanción que corresponda de acuerdo con las leyes aplicables. Para los Servidores Públicos, encargados de denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos, aumentara en una mitad la sanción y la inhabilitación para desempeñar empleo cargo o comisión públicos, hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

Debemos observar la importancia que el legislador da a estas conductas, ya que el lavado de dinero es un factor importante para la realización de otros delitos, el blanqueo de capitales influye de manera manifiesta en el aumento de la delincuencia organizada, y cuyo reflejo se ve en la penalidad, que supera a las sanciones previstas en los casos de tráfico de sustancias.⁷⁸

⁷⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, IRMA GRISELDA. DERECHO PENAL. S/E. EDITORIAL HARLA. MEXICO, 1992. PAG.90

⁷⁸ ANTONIO ROMERAL MORALEDA Y MANUEL GARCÍA BLAZQUEZ, TRAFICO Y CONSUMO DE DROGAS, EDITORIAL COMARES, ESPAÑA, 1993, PAG. 220.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Las condiciones objetivas de punibilidad son definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación, Eduardo López Betancourt, las define como aquellos requisitos señalados en algunos tipos penales, los cuales si no se presentan no es factible que se castigue el delito.⁷⁹

Su presencia es excepcional como elemento del delito, y que por tanto su ausencia es más común que su presencia. Ahora bien, respecto al delito que se comete en las operaciones que se realizan con recursos de procedencia ilícita, tenemos que la ley no condiciona de ninguna manera su penalidad. Cabe hacer notar, que siendo este uno de los elementos que la teoría del delito considera como no esenciales, su ausencia no afecta en absoluto la integración del mismo.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Son circunstancias en las que a pesar de subsistir la antijuridicidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer la pena al autor.⁸⁰

⁷⁹ LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL. CUARTA EDICION. EDIT. PORRUA, MEXICO, 1996, PAG. 244.

⁸⁰ CARRANCA Y TRUJILLO. RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO. DECIMA OCTAVA EDICION. EDITORIAL PORRUA, MEXICO, 1995, PAG.651.

Algunas formas de Excusas absolutorias son: Excusas en razón de su mínima temibilidad. se encuentra cuando el valor de lo robado no excede de diez veces el salario y lo restituye antes de que la autoridad tenga conocimiento del hecho; Otra excusa es el aborto por imprudencia de la mujer, o por ser el embarazo producto de una violación.

Al analizar las diferentes especies de excusas Absolutorias que se regulan en el Código Penal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, no se encuentra ninguna excusa que pueda operar para este delito, salvo en el caso de el encubrimiento de parientes, de que habla el artículo 400, del ordenamiento antes mencionado, sin embargo a este respecto nos referiremos mas adelante.

ITER CRIMINIS

Se conoce al iter criminis como camino del delito, este cuenta con dos etapas, la interna o subjetiva y, la externa u objetiva, en la fase Interna se produce el fenómeno de la ideación, deliberación y resolución. En la ideación se produce en la mente del sujeto la idea de cometer un delito, sin embargo esta idea puede ser rechazada o aceptada, con lo que se produce la fase de la liberación, por esta entendemos una lucha entre la idea criminal y los valores y principios morales del sujeto, al agotarse esta pugna de valores, y subsistir la idea criminal se torna la resolución, esta fase no tiene

trascendencia penal alguna, por que no se afecta ningún interés protegido por el derecho.

La fase externa por su parte comprende las etapas de manifestación, preparación, y consumación, en la manifestación, se externa la posibilidad de realizar el delito. La preparación son los medios que realiza el delincuente para llevar a cabo la infracción penal, la consumación es el actuar del sujeto para realizar el delito mismo, esta ejecución, puede ser completa o imperfecta, en cuyo caso se habla de delito frustrado o tentativa.

TENTATIVA

La tentativa aparece cuando el sujeto ha realizado todos los actos encaminados para la consumación del delito, y éste no se presenta por causas ajenas a su voluntad.⁸¹

La tentativa de un delito requiere siempre que este sea doloso, por que requiere del animo de realizar la conducta delictiva, y que no se ha producido por causas ajenas a su voluntad; López Betancourt, cita a Maggiore, enumerando los elementos de la tentativa, I.- la intención dirigida a cometer un delito; II.- Un acto Idóneo, III.- Una acción no realizada o un resultado no verificado.

⁸¹ LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL, CUARTA EDICION, EDITORIAL PORRUA. MEXICO. 1996. PAG. 154.

Existen dos tipos de tentativa una la acabada y la inacabada, se llama tentativa acabada cuando la ejecución de la conducta realizada por el delincuente es encaminada hacia un resultado delictivo, pero éste no acontece por circunstancias ajenas a su voluntad. La tentativa inacabada consiste en la omisión de uno o más actos tendientes a la realización del delito, y tampoco se produce el resultado delictivo.

El Artículo 12 del Código de la Materia, establece la tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquel se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

El artículo en estudio prevé varias hipótesis para su realización, por lo mismo, existen diferentes maneras en que puede operar la tentativa en este delito, se extiende desde adquirir o custodiar una bodega para su posterior almacenamiento de mercancías que saben son de procedencia ilícita, hasta la transferencia de dinero en el territorio nacional o incluso hacia el extranjero para tratar de cubrir su origen.

PARTICIPACIÓN EN EL DELITO

Las formas de participación en el delito son

Autor.- los que toman parte directa en la ejecución del hecho; el autor que produce un resultado típicamente antijurídico, con dolo o culpa, valiéndose de otro sujeto que no es

autor o no es culpable, o es inimputable, nos hallamos en presencia del autor mediato. Encontramos autores en el artículo de estudio, cuando habla de "...el que por sí..." esto la persona que realiza cualquiera de las conductas mencionadas en el delito de que nos ocupa.

Instigador.- es la persona que induce o incite a otra persona a cometer el hecho ilícito. En nuestro artículo la persona que pretenda alentar alguna actividad ilícita.

Cómplice.- es la persona que presta al autor del hecho, una cooperación posterior sabiendo que favorece un delito.

En nuestra legislación el artículo 13 del Código Penal, establece las personas responsables de los delitos,

En el estudio que nos ocupa el Código Penal en su artículo 400 bis, señala al autor cuando menciona " al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas", esto es refiere al autor directo o al autor intelectual del delito, sin embargo no solo ellos pueden cometer el ilícito pues como se desprende de el artículo 13 del mismo ordenamiento, si realiza cualquiera de las conductas junto con los autores directos serán penalmente responsables, o incluso al incitar a otro a cometer el delito. Es enfático cuando menciona a los empleados y funcionarios de las instituciones que integran el sistema financiero que dolosamente presten auxilio para la comisión del delito.

CONCURSO DE DELITOS

Hay pluralidad de delitos en el llamado concursos de delitos, cuando el mismo agente ejecuta varios hechos delictivos, de la misma o de diversa índole. Se distinguen dos formas de concurso: el llamado concurso formal o ideal y el concurso real.⁸²

El Código Penal en el artículo 18 establece: existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos. Y en el artículo 19 establece no hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado.

El Código establece varias hipótesis en las que se realiza las operaciones con recursos de procedencia ilícita, y por tanto podrán aparecer las formas de concurso, ya sea ideal o formal.

⁸² CUELLO CALÓN, EUGENIO, DERECHO PENAL. NOVENA EDICIÓN, EDITORIAL NACIONAL, MEXICO, 1973, PAG. 570.

CAPITULO IV

CONVENCION CONTRA EL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTROPICAS.

La organización de las Naciones Unidas en su convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas celebrada en Viena Austria, el 25 de Noviembre de 1988, discute los problemas relacionados con bienes que tienen un origen del tráfico de drogas, lo que involucra al "lavado de dinero". En esta convención se dan las bases para que los países suscriptores establezcan controles. La convención solicita que los países firmantes, hagan del "lavado de dinero" un delito extraditable, como parte de una medida mas amplia para eliminar con los impedimentos legislativos como podría ser el secreto bancario que impide la cooperación internacional para la investigación del "lavado de dinero". La convención estipula que las partes no se negaran a actuar invocando el secreto bancario.

Los países miembros de la ONU, son convocados para que ratifiquen la convención de Viena, y que se comprometan a realizar las medidas concretas que puedan utilizarse a fin de que las autoridades competentes de cada país suscriptor identifique, detecte, retenga e incaute los fondos provenientes del narcotráfico,

Entró en vigor la convención en 1990, con 27 miembros, entre los cuales se encuentra México. Los Estados Unidos es uno de los miembros que mas ha promovido la iniciativa dentro del los países Europeos.

Esta convención es de gran importancia para combatir el "lavado de dinero", dentro de los puntos mas sobresalientes se encuentran los siguientes:

En su primer artículo establece una serie de definiciones que son de gran importancia para tratar el tema del "Lavado de Dinero".

Se entiende por decomiso, la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o una autoridad competente.

Embargo preventivo o incautación, es la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes o la custodia del control temporal de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o por una autoridad competente.

Producto son los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo primero del artículo 3º; por bienes se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales muebles o raíces, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

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

El segundo artículo trata sobre los alcances de la convención

El propósito de la siguiente convención es promover la cooperación entre las partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficiencia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una dimensión internacional, en el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente convención.

Las partes adoptarán las medidas necesarias comprendidas, las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos.

En su artículo tercero, trata de los delitos y sanciones:

1.- Cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar delitos penales en su derecho interno cuando se cometan intencionalmente:

- a) La conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de algunos de los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo, tales como la producción, fabricación, oferta, para la venta, distribución, venta de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica.

- b) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos relativos a dichos bienes, que a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de

conformidad con el inciso a) del presente artículo o de un acto de participación en tal delito o delitos.

c) A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de sus ordenamiento jurídico:

1.- La adquisición, la posesión o la utilización de bienes a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente artículo o de un acto de participación en tal delito o delitos.

2.- El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de los delitos enumerados en el inciso a) del presente artículo, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

3.- A los fines de la cooperación entre las partes previstas en la presente convención en particular la cooperación prevista en los artículos 5º, 7º y 9º (decomiso, asistencia judicial recíproca y otras formas de cooperación y capacitación), los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo no se consideran como delitos fiscales, como políticos ni como delitos políticamente motivados sin perjuicio de tales limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las partes.

4.- ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará el principio de la tipificación de los delitos a que se refiere o de las excepciones opuestas en relación con estos queda reservada al derecho interno de las partes y de que estos delitos han de ser enjuiciados y sancionados con arreglo a lo previsto en este derecho.

El artículo Quinto establece el decomiso: cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

1.- En el caso del lavado de dinero del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1º del artículo 3º, de bienes cuyo valor equivalga al de su producto.

2.- Cada una de las partes adoptará también las medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación , la detención y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1º del presente artículo, con miras a su eventual decomiso.

3.- A fin de dar aplicación a las medidas mencionadas en el presente artículo cada una de las partes facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes a ordenar la presentación o incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales: las partes no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

4.- También se indica el proceso a que se sujetará el decomiso: al recibirse una solicitud formulada con arreglo al presente artículo por otra parte, que sea competente respecto de un delito tipificado en el párrafo 1º del artículo 3º. La parte en cuyo territorio se encuentre el producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros de los elementos a que se refiere el párrafo 1º del presente artículo:

a) Presentará la solicitud a las autoridades competentes con el fin de obtener un mandamiento de decomiso al que en caso de concederse se dará cumplimiento.

b) Presentará ante las autoridades competentes, a fin de que se le de cumplimiento en la medida solicitud, en mandamiento de decomiso expedido por la parte requirente de conformidad con el párrafo 1º del presente artículo en o que se refiere al producto de bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1º que se encuentren en el territorio de la parte requerida.

c) Con respecto de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1º del artículo 3º, la parte requerida adoptará medidas para la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1º del presente artículo para su decomiso.

d) Las medidas previstas en los incisos a) y b) del presente artículo serán adoptadas por la parte requerida de conformidad con su derecho interno y con sujeción a sus

disposiciones y reglas de procedimiento, tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que hayan concertado con la parte requirente.

e) Si una de las partes opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en el inciso a) y b) del presente párrafo a la existencia de un tratado pertinente, dicha parte considerará la presente convención como base convencional necesaria y suficiente.

f) Las partes procurarán concertar tratados, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales para mejorar la eficiencia de la cooperación internacional, prevista en el presente artículo.

5.- La parte que haya decomisado el producto o los bienes conforme a los párrafos 1º y 4º del presente artículo dispondrán de ellos en la forma prevista por su derecho interno y sus procedimientos administrativos. Al actuar a solicitud de otra parte con arreglo a lo previsto en el presente artículo la parte podrá prestar particular atención a la posibilidad de concertar acuerdos a fin de:

a) Adoptar la totalidad o una parte del valor de dicho producto o de dichos bienes, a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y sustancias psicotrópicas

b) Repartirse con otras partes, conforme a un criterio preestablecido o definido para cada caso dicho producto o de dichos bienes, o los fondos derivados de la venta de

dichos bienes, con arreglo a lo previsto por su derecho interno, sus procedimientos administrativos o los acuerdos bilaterales o multilaterales que hayan concertado con ese fin.

6.- Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, estos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionado en el presente artículo.

Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes ilícitas sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.

Dichas medidas se aplicarán así mismo a los ingresos u otros beneficios derivados:

- a) del producto
- b) de los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido.
- c) de los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que el producto.

7.- Cada una de las partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen ilícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso en la medida de que ello sea compatible con los principios de derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otra clase de procedimientos.

El presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará el principio de que las medidas que en el se prevén serán definidas y aplicadas de conformidad con el derecho interno de cada una de las partes y con arreglo a lo dispuesto en él.

En el Artículo Sexto se establece la Extradición

1.- El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por las partes de conformidad con el párrafo 1º del artículo 3º.

2.- Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición, en todo tratado de extradición vigente entre las partes. Las partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado que sobre el mismo concierten entre sí.

3.- Si una de las partes que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe de otra parte, con la que no la vincula ningún tratado de extradición, una solicitud de extradición, podrá considerar la presente convención como la base jurídica de la misma respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

Las partes que requieran una legislación detallada para hacer valer la presente convención como base jurídica de la extradición, considerarán la posibilidad de promulgar la legislación necesaria.

4.- Las partes que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición, entre ellos.

5.- La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación de la parte requerida o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que la parte requerida puede denegar la extradición.

El artículo séptimo establece la asistencia judicial recíproca entre las partes, la cual es fundamental para la prevención de este delito dada su trascendencia internacional.

1.- La asistencia judicial recíproca que ha de presentarse de conformidad con el presente artículo podrá ser solicitada para cualquiera de los siguientes fines:

- a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas
- b) Presentar documentos judiciales.
- c) Efectuar inspecciones o incautaciones
- d) Examinar objetos o lugares
- e) Facilitar información y elementos de prueba.
- f) Entregar originales y copias auténticas, de documentos y expedientes relacionados con el caso, inclusive documentación bancaria, financiera, social y comercial.
- g) Identificar o detectar el producto, los bienes o instrumentos u otros elementos con fines probatorios.

2.- Las partes podrán prestar cualquier otra forma de asistencia judicial recíproca, autorizada por el derecho interno de la parte requerida.

3.- Las partes no invocarán el secreto bancario para negarse a prestar asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.

El artículo noveno indica las formas de cooperación y capacitación.

1.- Las partes colaborarán estrechamente entre sí, en armonía con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficiencia de las medidas de detección y represión orientadas a suprimir la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1º del artículo 3º. Deberán en particular sobre la base de acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales establecer y mantener canales de comunicación entre sus organismos y servicios competentes a fin de facilitar el intercambio rápido y seguro de la información sobre todos los aspectos de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1º del artículo 3º, incluso siempre que las partes interesadas lo estimen oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas; también deberán cooperar en la realización de indagaciones, con respecto de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1º del artículo 3º y de carácter internacional acerca de :

a) De la identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1º del artículo 3º.

b) Del movimiento del producto o de los bienes derivados de la comisión de esos delitos.

c) Cuando sea oportuno siempre que no contravenga lo dispuesto en su derecho interno, crear equipos conjuntos teniendo en cuenta la necesidad de proteger la seguridad de las personas y de las operaciones, para dar efecto a lo dispuesto en el presente párrafo. Los funcionarios de cualesquiera de las partes que integren esos equipos actuarán conforme a la autorización de las autoridades competentes en la parte en cuyo territorio se ha de llevar la operación. En estos casos las partes de que se trate velarán por que se respete plenamente la soberanía de la parte en cuyo territorio se ha de realizar la operación.

2.- Cada una de las partes, en la medida necesaria indicará, desarrollará o perfeccionará programas específicos de capacitación destinados a su personal de detección y represión de otra índole, incluido el personal aduanero, encargado de suprimir los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1º del artículo 3º. En particular estos programas se refieren a:

a) Los métodos utilizados en la detección y supresión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1º del artículo 3º.

b) Las rutas y técnicas utilizadas por personas presuntamente implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1º del artículo 3º, en particular en los estados de tránsito, y medidas adecuadas para contrarrestar su utilización.

c) La detección y vigilancia del movimiento del producto y los bienes derivados de la comisión de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1º del artículo 3º, y de los estupefacientes, sustancias psicotrópicas e instrumentos que se utilizan en la comisión de dichos delitos.

d) Los métodos utilizados para la transferencia, la ocultación y el encubrimiento de dicho producto, y de dichos bienes o instrumentos.

e) Acopio de pruebas.

f) Técnicas.

El artículo décimo establece la cooperación internacional y asistencia a los estados de tránsito, que son aquellos en virtud de reunir ciertas características

LOS ESTADOS UNIDOS FRENTE EL PROBLEMA DEL LAVADO DE DINERO

Los Estados Unidos de Norte América, sigue siendo hoy en día el consumidor mas grande de drogas en el mundo. Las ganancias que se generan por la venta de drogas son lavados a través de diversos medios y procedimientos, resulta muy difícil tratar de cuantificar los millones de dólares que anualmente se lavan en este país, ocasionando con ello graves perjuicios a la economía, una de las preocupaciones de los países en los cuales se realiza lavado de dinero es que se manipulen los negocios legítimos, además de la corrupción en que pueden caer los empleados públicos, ya que son realmente altos los ingresos que obtiene una persona realizando esta actividad.

Se considera que en Estados Unidos la persona que trabaja como cobrador de dinero sucio gana aproximadamente 1% del total por cobrar y mantener el dinero en un escondite. La persona responsable de transportar el efectivo, el que "corre el riesgo", gana de 1.5 a 2% del total. Una persona que acepta dinero sucio en una casa de cambio y que posteriormente lo transfiere a un banco cobra normalmente 2%. Un 6% se paga a la persona que permite que su nombre aparezca como portador de instrumento legal o que efectúa una transferencia electrónica a su nombre en una institución financiera. De 4 a 6% se le paga a un individuo que actúa como corredor ayudando a mover el dinero sucio a países de lavado. Así, los lavadores de dinero se llevan de un 13 a 15% del dinero sucio, que lavan para los narcotraficantes.⁸³

⁸³ MEXICO Y ESTADOS UNIDOS ANTE EL PROBLEMA DE LAS DROGAS, ESTUDIO DIAGNOSTICO CONJUNTO, MEXICO 1997, SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES. PAG.127

Para controlar este problema Estados Unidos cuenta con el Acta del Secreto Bancario (BSA); con ésta, el gobierno federal tiene la autoridad de comprobar transacciones de grandes cantidades de dinero a través de Reportes Sobre Transacciones en Efectivo (CTR), que deben cumplir los bancos y particulares, este requisito puede ser de difícil realización, ya que una persona que se encuentra fuera de la ley por algún delito, no le importa cumplir con él; actualmente estos reportes se siguen utilizando con el propósito de dar al Departamento de Justicia Norteamericano pruebas, ya que con esto, se tienen elementos para condenar a una persona cuando no cumplió con el requisito del CTR, que es mucho más fácil de probar que las causas criminales. La sanción por no cumplir con el requisito del CTR, es de un año de prisión, una multa de 1,000.00 dls., o ambas, la Omisión en el reporte si se relaciona a otras actividades criminales, implica la imposición de una pena mucho más estricta, 5 años de prisión o 5,000.00 dls. de multa o ambas.

Los reportes del BSA deben incluir los reportes sobre transacciones en efectivo CTR y deben ser requeridos por las instituciones financieras cuando ellas o sus clientes hacen operaciones mayores de 10,000.00 dls. además que obliga a identificar con su nombre y el origen de sus fondos, exceptuando si se trata de depósitos grandes de distribuidores al menudeo. Los bancos tienen la facultad de exentar a sus clientes cuando por sus actividades trabajen grandes montos de efectivo como pueden ser los Centros Comerciales, Hoteleros, los deportistas profesionales, entre otros, sin embargo los bancos cuentan con una lista de exentos que tendrán para investigación.

Una institución Financiera puede reportar una operación sospechosa en CTR; si un banco tiene la sospecha que existen actividades ilegales en algunos de los depósitos realizados, los debe reportar sin que importe el monto de la operación, sin embargo no existe la obligación legal para que se reporten.

Otra de las medidas que ha tomado el Gobierno Norteamericano es el Acta Contra el Abuso de las Drogas. en esta Acta se maneja el lavado de dinero como dos tipos de delitos, uno como transacciones fraudulentas y como transportación monetaria, incluyendo la transportación internacional de fondos o instrumentos monetarios.

Esta Acta impone sanciones contra países con mayor producción y transporte de drogas. el presidente puede suspender las sanciones si certifica que el congreso de estos países está cooperando con los esfuerzos norteamericanos de control de narcotráfico y toman las medidas necesarias para eliminar lo mas posible el lavado de dinero.

Impone la obligación al departamento del Tesoro norteamericano a negociar con los miembros de finanzas de países extranjeros y establecer agencias internacionales de control de circulante, de igual manera impone la obligación para negociar con la comunidad internacional a fin de que se mantenga información sobre grandes transacciones en efectivo con los Estados Unidos, y la revelación de información a funcionarios del gobierno.

El Acta Contra el Abuso a las Drogas, impone sanciones, para los países que no negocien de buena fe. Estas sanciones incluyen prohibiciones temporales o en su caso pueden ser permanentes a personas instituciones o alguna otra entidad de países que participen con cualquier sistema de transferencia de dólares por cable, o mantengan una cuenta con cualquier banco u otra institución financiera de este país, cabe hacer mención que la imposición de esta restricción no queda del todo claro si sería impuesta selectivamente a determinadas instituciones de un país o todo el país en general.

Actualmente se realiza una estrategia bilateral continua ente México Y Estados Unidos en contra del lavado de dinero, incluye proporcionar asistencia técnica y capacitación de personal sobre la regulación bancaria a las agencias mexicanas para el cumplimiento de la ley. Varias agencias de Estados Unidos están trabajando actualmente con la Secretaria de Hacienda y Crédito Público con el objeto de expandir su capacidad tecnológica, como la Red Central de Información financiera (FINCEN). De el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, ha enviado a México expertos en tecnología y reglamentación para discutir asuntos importantes de capacitación técnica; la FINCEN también está brindando apoyo en el diseño de asistencia computarizada de base de datos para almacenar y analizar información, ofrece asistencia técnica en el desarrollo de tres bases de datos que funcionan a través de tres distintos servidores

que proporcionan información sobre las operaciones sospechosas y relevantes, incluyendo la de internación de dinero al país.⁸⁴

⁸⁴ MEXICO Y ESTADOS UNIDOS ANTE EL PROBLEMA DE LAS DROGAS, OB. CIT. PAG. 130

PARAISOS FISCALES

Se designan así a ciertos países que presentan varias características, la principal es la ausencia o la debilidad de impuestos sobre la mayoría o la totalidad de las ganancias, sea cual sea el origen. La mayoría de las actividades en los paraísos fiscales son ilícitas, y estos países se utilizan desde hace mucho tiempo por un gran número de empresas conocidas. Estos países reúnen las condiciones ideales al blanqueo de los fondos y a las actividades ilícitas. Al parecer las cantidades de importancia media, en materia de tráfico internacional de estupefacientes, viajan de manera sencilla, por medio de giros internacionales o de efectivo escondido dentro del equipaje o bien, transportado por las mismas personas, en cambio las sumas más importantes usan los circuitos bancarios de los paraísos fiscales, protegidas por el riguroso anonimato de estos países, o sociedades pantalla cuya creación es más fácil en estos mismos países.⁸⁵

Entre los elementos que cuentan los paraísos fiscales se encuentran, para hacer atractivo la inversión en esos países son:

El secreto Profesional

El secreto Bancario o Comercial

Las cuentas numeradas

Ausencia de controles administrativos para cambio de divisas

⁸⁵ CUISSET, ANDRÉ. LA EXPERIENCIA FRANCESA Y LA MOVILIZACIÓN INTERNACIONAL CONTRA EL LAVADO DE DINERO. OB. CIT. PAG. 43

Facilidades para la creación de empresas

Buena estabilidad política y sobretodo monetaria

Facilidad de medios de comunicación

Fácil acceso a estos países.

CONCLUSIONES

1.- El Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, es uno de los problemas que afectan a todo el mundo, en México se ha legislado, Primero en el Código Fiscal de la Federación en su artículo 115- bis, para combatir la evasión fiscal; después es incorporado en Código Penal, en su artículo 400 - bis, Con esto realiza un gran acierto , pues de esta manera amplia en gran medida su aplicación, y no lo limita únicamente a la evasión fiscal, su aplicación ahora es en todas las formas en que puede operar este delito tan nocivo para la sociedad.

2.- El tipo de redacción de este delito es casuística, menciona varias acciones en que puede incurrir el delincuente, sin embargo puede mejorar ésta , y se pueden abarcar todas las formas en que se pretenda delinquir al mencionar “el que por cualquier forma o medio oculte o trate de ocultar....”, con lo que se reduce la posibilidad de que una conducta pueda quedar impune.

3.- El tipo regulado por el artículo 400 - bis del Código Penal, resulta difícil de probar, porque requiere de elementos internos como son el conocimiento y la intención, en ambos se requiere de factores externos que hacen suponer que efectivamente el delincuente, conoce que los bienes son producto de un ilícito, y además, que tiene la intención de ocultarlos.

4.- Casi todos los delitos de "lavado de dinero", que se comenten en las Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, son a través de Instituciones Financieras, por lo que resulta efectivo que en varias Leyes que regulan el Sistema Financiero Mexicano, se incluyan artículos para combatir este ilícito; sin embargo se deja a discrecionalidad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público el denunciar al Ministerio Público el delito, cuando en el interviene una Institución del Sistema Financiero.

5.- Es un Delito Accesorio, por que necesita de la existencia de un delito anterior para la consumación de éste; es acertada la posición del legislador en el sentido de que para los efectos del delito, considerara como productos de una actividad ilícita los bienes, cuando se tienen indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o son las ganancias de algún delito anterior.

6.- Las Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, es generado por delitos que afectan a la sociedad en su conjunto, entre ellos la Defraudación Fiscal, Contrabando, Fraudes Bancarios, Corrupción y sobre todo Narcotráfico, que es el delito en el que mas se "Lava Dinero", por las grandes ganancias que obtiene este ilícito, sin embargo esto no quiere decir que sean las únicas fuentes que tiene el "Lavado de Dinero", será toda actividad ilícita que tenga la posibilidad de producir ganancias.

7.- El Secreto Bancario, constituye un importante problema para atacar de manera rápida al "Lavado de Dinero", pero debemos de tomar en cuenta que desaparecer por completo el Secreto, seria dejar desprotegido al Sector Financiero, es por eso que

existen mecanismos para que se pueda proteger el Secreto y ayudar a la persecución de este delito.

8.- Es de acción, todas las hipótesis que plantee el tipo penal, requieren de una conducta por parte del sujeto para que pueda llevarse a cabo; la conducta es tipificada en el artículo 400 bis del Código Penal, por tanto no es posible que se realice alguna omisión que traiga consigo este delito.

9.- El lavado de dinero consta de tres etapas:

Introducción o prelavado, que consiste en la disposición física de dinero, mediante diversos medios, incluyendo la mezcla de negocios legítimos con los ilegales o de cualquier otra forma de convertir el dinero en depósitos o valores.

Transformación o lavado, que sirve para confundir la fuente de los recursos, mediante movimientos de los fondos entre cuentas y transferencias electrónicas.

Integración o reconvención, que incorpora el dinero ya lavado a la economía legítima con la apariencia de haberse obtenido de fuentes legales.

10.- El Proceso de lavado de dinero se da en tres etapas, Colocación, consiste en dispersar el dinero, mediante diversos medios incluyendo en la inversión de negocios legítimos, para convertirlos en depósitos o títulos legales; estratificación, para que se

pierdan los rastros de los bienes a través de movimientos entre cuentas e integración que consiste en incorporar el dinero ya lavado a la economía legítima aparentando que se obtuvo con fuentes legales.

11.- El fenómeno de lavado de dinero, se expande a través del mundo, es decir, que se pueden dar formas de ilícitos que comienzan en un país y continúan su recorrido por varios más, para reintegrarse en uno diferente en el que aparece como ganancias de una actividad perfectamente ilegal, borrando todo rastro de ilegalidad.

12.- No solo es el menoscabo en el patrimonio fiscal lo que preocupa a los países, siempre van juntos otros delitos, como son los fraudes bancarios, corrupción y narcotráfico, este último el que más preocupa por que con él tienen delitos como tráfico de armas, de influencias, lesiones y en ocasiones homicidios, por eso el combatir en especial el narcotráfico es una prioridad para los gobiernos.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO, MIGUEL.
DERECHO BANCARIO,
CUARTA EDICION,
EDITORIAL PORRUA,
MEXICO, 1991.

AMUCHATEGI REQUENA, IRMA G..
DERECHO PENAL,
EDITORIAL HARLA,
MEXICO, 1993.

BAUCHE GARCÍA, DIEGO.
OPERACIONES BANCARIAS,
EDITORIAL PORRUA,
CUARTA EDICION,
MEXICO, 1981.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO.
LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL
EDICIÓN TRIGESIMA SEPTIMA, EDITORIAL PORRUA,
MEXICO, 1997

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL
DERECHO PENAL MEXICANO,
EDICION DECIMA OCTAVA
EDITORIAL PORRUA,
MEXICO, 1995

CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION
SEXTA EDICION,
EDITORIAL SISTA
MEXICO, 1997.

CODIGO PENAL
EDICION CINCUENTA Y OCHO
EDITORIAL PORRUA
MEXICO, 1998.

CONDE-POMPIDO, CANDIDO.
ENCUBRIMIENTO Y RECEPCION,
EDITORIAL CASA BOSH,
ESPAÑA, 1955.

CUELLO CALON, EUGENIO.
DERECHO PENAL,
EDICION DECIMA OCTAVA,
EDITORIAL BOSH,
TOMO I,
ESPAÑA, 1981

CUISSET, ANDRÉ.
LA EXPERIENCIA FRANCESA Y LA MOVILIZACION INTERNACIONAL
CONTRA EL LAVADO DE DINERO,
PRIMERA EDICION,
PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA
MEXICO, 1996.

DEL PONTE, CARLA.
NARCOTRAFICO Y CORRUPCION,
TRADUCCION DEL FRANCES JORGE GUERRERO,
EDITORIAL TEMIS,
COLOMBIA, 1997

GARCIA RAMIREZ, SERGIO.
NARCOTRAFICO UN PUNTO DE VISTA MEXICANO,
EDITORIAL PORRUA,
MEXICO, 1989.

HERNANDEZ QUINTANILLA, JOSE ARTURO.
DERECHO PENAL MEXICANO,
EDITORIAL PORRUA,
MEXICO, 1991.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS.
PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, LA LEY Y EL DELITO,
EDICION TERCERA,
EDITORIAL SUDAMERICA,
ARGENTINA, 1990

LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA
SEGUNDA EDICION,
EDITORIAL THEMIS,
MEXICO, 1998.

LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO.
INTRODUCCION AL DERECHO PENAL,
EDICION CUARTA,
EDITORIAL PORRUA,
MEXICO, 1996

MAGGIORE, GUISEPPE.
DERECHO PENAL
TRADUCCION JOSE J. ORTEGA TORRES,
TERCERA EDICION, VOLUMEN II,
EDITORIAL TEMIS
COLOMBIA, 1989.

MARTINEZ PÉREZ, CARLOS.
EL DELITO FISCAL
EDITORIAL MONTE CORVO,
ESPAÑA ,1982

MARQUEZ PIÑEIRO, RAFAEL.
DERECHO PENAL,
PRIMERA EDICION,
EDITORIAL TRILLAS,
MEXICO, 1996

MEXICO Y ESTADOS UNIDOS FRENTE AL PROBLEMA DE LAS DROGAS

ESTUDIO DIAGNOSTICO CONJUNTO.
SECRETARIA DE RELACIONES EXTERIORES,
MEXICO, 1997.

NANDON LEFORT, VICTOR MANUEL.
EL LAVADO DE DINERO,
EDICION PRIMERA,
EDITORIAL TRILLAS,
MEXICO, 1997

NEUMAN, ELIAS.
LA LEGISLACION DE LAS DROGAS,
EDICIONES DE PALMA,
ARGENTINA, 1991

OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO
DELITOS FEDERALES ,
EDICION SEGUNDA,
EDITORIAL PORRUA,
MEXICO, 1995

PALLARES, EDUARDO.
DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL
EDITORIAL PORRUA,
DECIMA EDICION,
MEXICO, 1977

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.
MANUAL DE DERECHO PENAL MEXICANO,
EDICION DECIMA,
EDITORIAL PORRUA,
MEXICO, 1991

PORTE PETIT CANAUDAP, CELESTINO.
APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL
QUINTA EDICION,
EDITORIAL PORRUA
MEXICO, TOMO I, 1993

REYES ECHANDIA, ALFONSO.
DERECHO PENAL,
EDICION DECIMA, EDITORIAL TEMIA,
COLOMBIA, 1996

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN.
DERECHO BANCARIO,
EDITORIAL PORRUA,
MEXICO, 1993

ROMERAL MORALED A, ANTONIO Y GARCÍA BLAZQUEZ MANUEL.
TRAFICO Y CONSUMO DE DROGAS,
EDITORIAL COMARES,
ESPAÑA, 1993

SCHULTZ, FRITZ
DERECHO ROMANO CLASICO
TRADUCCION JOSE SANTACRUZ TEIGERIO,
PRIMERA EDICION,
EDITORIAL BOSH,
ESPAÑA, 1980

SOLIS ZUÑIGA, JAVIER.
ESTUDIOS CRIMINOLOGICOS DEL DELITO DE CUELLO BLANCO
UNIVERSIDAD AUTONOMA DE SAN LUIS POTOSI,
MEXICO, 1984

VILLA LOBOS, IGNACIO.
DERECHO PENAL,
EDICION QUINTA,
EDITORIAL PORRUA,
MEXICO, 1990