

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO N° 3213-09 CON FECHA 16-X-1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA (LAVADO DE DINERO)

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

FERNANDO VELAZQUEZ GIBRALTAR



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.

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO N° 3213-09 CON FECHA 16-X-1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESTUDIO DOGMÁTICO DEL DELITO DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA (LAVADO DE DINERO)

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

FERNANDO VELAZQUEZ GIBALTAR

ASESOR DE TESIS:
LIC. IGNACIO GARRIDO OVIN
CED. PROFESIONAL N° 1683979

AGRADECIMIENTOS

A MIS PADRES

A mis padres les agradezco por haberme dado la vida.
Por haberme enseñado que trabajando con tesón, se logran las metas en la vida.

Por haberme apoyado, por darme cuanto han podido, y haberme dado la oportunidad de llegar a este día. GRACIAS.

A MI PADRE

Por haberme enseñado el amor al trabajo, y por haber predicado los valores de la vida de la mejor manera, con el ejemplo. GRACIAS.

A MI MADRE

Por haberme soportado siempre, y haberme enseñado la nobleza del amor de una madre, por haberme dado los valores que me inculcaron, y haberme alentado aún en los momentos más difíciles de mi existencia. GRACIAS.

A MI ABUELA ÁNGELA. †

Por haberme enseñado la nobleza de un corazón, por haber inculcado en mi la auto confianza que me permitió llegar a este día, quien siempre vive en mis recuerdos y en mi pensamiento.

A NORMA ANGELICA

Por haberme apoyado siempre, por ser mi motivación, mi mayor inspiración, mi musa. GRACIAS.

A MI ALMA MATHER

Por haber pasado en ella una etapa muy importante de mi vida, por haberme encontrado en ella, por que en ella cumplí uno de mis mayores anhelos en la vida, ser Abogado.

A TODOS AQUELLOS CONOCIDOS

A todos aquellos que conozco y que no puedo agradecer específicamente, por haber aportado algo en mi vida, que me ha guiado hasta este momento, el de la titulación.

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	II
CAPÍTULO I ANTECEDENTES DEL DELITO DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILICITA, LAVADO DE DINERO.	
1.1 Antecedentes Político Sociales	2
1.2 El Lavado de Dinero como Fenómeno Social	4
1.3 Antecedentes Históricos del Lavado de Dinero	5
1.3.1 En Estados Unidos. La Volstead Act	5
1.3.2 La Segunda Guerra Mundial	10
1.4 El Lavado de Dinero en México	23
1.5 Antecedentes Legales del Lavado de Dinero	26
1.6 Antecedentes de la Delincuencia Organizada	28
1.6.1 La Mafia (Los Grupos Mafiosos)	28
1.6.2 En América	31
1.6.3 En Asia	32
1.6.4 En Europa	33
1.6.5 Problemática del Lavado de Dinero	34
1.6.6 Problemática de la Corrupción	35

CAPÍTULO II LA LEY PENAL.

2.1	Concepto de Derecho Penal	38
2.2	El Derecho Penal y su Relación con otras Ramas y Disciplinas	39
2.2.1	El Derecho Penal y otras Ramas del Derecho	40
2.2.2	El Derecho Penal y otras Ciencias	41
2.3	Fuentes del Derecho Penal	43
2.3.1	Reales	43
2.3.2	Formales	44
2.3.3	Históricas	45
2.4	Ámbitos de validez de la ley penal	47
2.4.1	Material	47
2.4.2	Temporal	48
2.4.3	Espacial	48
2.5	Formas de Interpretación del Derecho Penal	49
2.5.1	Por su Origen	49
2.5.2	Por el Método	50
2.5.3	Por sus Resultados	50
2.6	Extradición	51
2.6.1	Artículo 15 Constitucional	52
2.6.2	Artículo 119 Constitucional	53

2.6.3 Ley de Extradición Internacional	54
2.7 Tentativa	56
2.7.1 Fase Externa	57
2.7.2 Punibilidad en la Tentativa	57
2.7.3 Diversas Formas de Tentativa	59
2.7.4 Delito Imposible	60
CAPÍTULO III EL DELITO	
3.1 Concepto de Delito	62
3.2 Conducta y su Ausencia	63
3.2.1 Ausencia de Conducta	65
3.3 Tipicidad y Ausencia de Tipicidad	66
3.4 Antijuricidad y Causas de Justificación	73
3.5 Imputabilidad y su Aspecto Negativo	81
3.6 Culpabilidad y Ausencia de Culpabilidad	84
3.7 Punibilidad	92
3.8 Cuerpo del Delito	94
3.9 Estudio del Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia ilícita	99
CAPITULO IV MARCO JURÍDICO DEL DELITO COMETIDO CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA (LAVADO DE DINERO)	
4.1 Las Garantías Individuales como Base del Lavado de Dinero	106

4.2	Artículo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Libertad de trabajo u oficio	108
4.2.1	Antecedentes Históricos de la Libertad de Trabajo	108
4.2.2	La Libertad de Trabajo	110
4.3	Artículo noveno de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Libertad de Asociación	113
4.3.1	Antecedentes Históricos de la Libertad de Trabajo	113
4.3.2	La Libertad de Asociación	114
4.4	Artículo décimo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Garantía de Audiencia	116
4.4.1	Antecedentes Históricos de la Garantía de Audiencia	117
4.4.2	La Garantía de Audiencia, Irretroactividad y Exacta Aplicación de la Ley	118
4.4.2.1	La Irretroactividad de la Ley	119
4.4.2.2	Garantía de Audiencia	124
4.4.2.3	La Analogía	126
4.4.2.4	La Mayoría de Razón	129
4.4.2.5	Exacta Aplicación de la Ley	130
4.4.2.6	Principios Generales del Derecho	130
4.5	Artículo Décimo Sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (Garantía de Legalidad)	133
4.5.1	Antecedentes de la Garantía de Legalidad	133
4.5.2	Garantía de Legalidad	133

4.5.2.1	Acto de Molestia	136
4.5.2.2	Fundamentación y Motivación	137
4.5.2.3	Legalidad de la Orden de Aprehensión	139
4.5.2.4	Detención Ordenada por el Ministerio Publico	140
4.5.2.5	Plazo de la Detención	141
4.5.2.6	Cateo	142
4.6	Artículo Trigésimo Primero Fracción Cuarta de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Garantía de Igualdad Fiscal o Contributiva	143
4.6.1	Antecedentes de la Garantía de Igualdad Fiscal o Contributiva	143
4.6.2	Garantía de Igualdad Fiscal o Contributiva	143
4.7	Artículo 115 Bis del Código Fiscal de la Federación	147
4.8	Reforma al Código Fiscal de la Federación y Código Penal Federal	154
4.8.1	Decreto por el cual se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal, Código Fiscal de la Federación, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de Mayo de 1996	156
4.9	Artículo 400 Bis del Código Penal	159
4.9.1	Cuadro Comparativo del Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, Lavado de Dinero, entre su Regulación en el Código Fiscal y su Regulación actual en el Código Penal Federal	162
4.10	Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada	164
4.10.1	Artículo 194 Bis del Código Penal Federal	167

4.10.2 Artículos 9 y 10 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada	168
CAPITULO V LAS OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA (LAVADO DE DINERO)	
5.1 Concepto de Lavado de Dinero	174
5.1.1 Categorías en el Lavado de Dinero	174
5.1.2 Etapas del Lavado de Dinero	175
5.1.3. Técnicas usadas en las Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita , Lavado de Dinero	176
5.1.4 Principales Formas de las Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita	178
5.1.5 Mecanismos del Lavado de Dinero	182
5.1.6 Instrumentos para el Lavado de Dinero	183
5.2 Los Paraísos Fiscales	185
5.2.1 Características de los Paraísos Fiscales	186
5.2.2 Objeto de un Paraíso Fiscal	187
5.2.3 Ingeniería Fiscal	188
5.3 Función de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en la Comisión del Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (Lavado de dinero)	189
5.3.1 La Querella y la Denuncia como Requisito de Procedibilidad	190
5.3.1.1 Querella	191
5.3.1.2 Denuncia	191

5.3.1.3	Requisitos de la Denuncia y Querella	192
5.3.1.4	La Persecución de Oficio	193
5.3.1.5	Flagrancia	194
5.3.1.6	Descubrimiento	195
5.3.2	Procuraduría Fiscal	195
5.3.3	La Secretaría de Hacienda y Crédito Público de conformidad con el artículo 400 Bis del Código Penal Federal en las Operaciones con recursos de procedencia ilícita	197
5.3.3.1	Coadyuvancia con el Ministerio Público	198
5.4	Función de la Procuraduría Federal de la República en el Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (Lavado de dinero)	199
5.4.1	Fase Investigadora	204
5.4.2	Ejercicio de la Acción Penal	205
5.4.3	Requerimiento de Informes	207
5.4.4	Evitar la Prescripción de la Acción Penal	207
5.4.5	Obligaciones del Ministerio Público dentro del Proceso	208
5.5	El Sujeto Activo del Lavado de Dinero en Materia Penal	209
5.5.1	Autoría	210
5.5.2	Encubrimiento	212
5.6	El Sujeto Activo del Delito en la Legislación Fiscal	213
5.7	El Secreto Financiero en la Investigación del Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita	214

5.7.1	Secreto Bancario	214
5.7.2	Secreto Fiscal	217
5.7.3	Secreto Fiduciario	218
5.7.4	Secreto Bursátil	218
5.7.5	Secreto en Materia de Fianzas	219
5.7.6	Secreto en Materia de Agrupaciones Financieras	219
5.8	Autoridades del Sistema Financiero Mexicano	219
5.8.1	Secretaría de Hacienda y Crédito Público	220
5.8.2	Comisión Nacional Bancaria y de Valores	221
5.8.3	Comisión Nacional de Seguros y Fianzas	223
5.8.4	Comisión Nacional del Sistema del Ahorro para el retiro	224
5.8.5	Banco de México	225
5.8.6	Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros	226
5.9	El Sistema Financiero Mexicano como Instrumento para el Lavado de Dinero	228
5.9.1	Instituciones Bancarias	228
5.9.2	Instituciones de Seguros	231
5.9.3	Instituciones de Fianzas	232
5.9.4	Almacenes Generales de Depósito	234
5.9.5	Arrendadoras Financieras	235

5.9.6	Sociedades de Ahorro y Préstamo	236
5.9.7	Sociedades Financieras de Objeto Limitado	238
5.9.8	Uniones de Crédito	240
5.9.9	Empresas de Factoraje Financiero	241
5.9.10	Casas de Bolsa	243
5.9.11	Casas de Cambio	245
5.9.12	Administradoras de Fondos de Retiro	247
5.9.13	Sociedades de Inversión Especializadas para el manejo de los Fondos de Retiro (SIEFORES)	249
5.10	Propuestas de reforma y adición al artículo 400 Bis del Código Penal Federal	251
5.10.1.	Creación de una nueva figura delictiva	254
5.10.2.	Capacitación y creación de plazas especializadas	255
	CONCLUSIONES	258
	BIBLIOGRAFÍA	263

INTRODUCCIÓN

El tema de este trabajo se ha propuesto debido a la importancia que han tomado las operaciones con recursos de procedencia ilícita, y la necesidad de obtener una verdadera sanción de esta actividad, por lo que es necesario determinar si la normatividad existente en este tipo de delitos es suficiente para evitar la impunidad en la comisión del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita?. El lavado de dinero es la actividad por medio de la cual una organización criminal procesa las ganancias obtenidas resultando de las actividades ilícitas que realiza, teniendo como único objeto ocultar su origen ilícito, y poder ocuparlo en actividades lícitas una vez que se ha ocultado su origen.

Esta actividad furtiva se realiza a través de operaciones mercantiles o actos de comercio, entre ellos la compraventa de bienes o servicios, teniendo mayor preferencia los lavadores por ventas al menudeo, donde los controles contables son más difíciles de llevar y por ello es más fácil introducir en sus contabilidad recursos y hacerlos parecer producto de ganancias.

El lavado de dinero afecta diversos bienes tutelados y protegidos por el derecho, ya que en la realización de su actividad los lavadores u operadores, pueden corromper las estructuras de poder, al grado de debilitar su eficacia para poder actuar con toda impunidad, utilizando los recursos que son objeto de lavado, en virtud de que las principales actividades generadoras de recursos ilícitos es el narcotráfico, sin que pueda llegar a considerarse como la única, pues existen otras actividades como son el secuestro, el tráfico de blancas, y a nivel internacional, el tráfico de armas, papel moneda, objetos de arte, etc.

El objeto de estudio de este trabajo recepcional, se aborda desde el dogma que encierra esta actividad delictiva, es decir, tomando en cuenta el marco jurídico vigente, el tipo penal que sanciona esta conducta, así como los mecanismos más empleados en el lavado de dinero, para poder establecer cuáles son los puntos más vulnerables para proponer una modificación a este respecto.

El objetivo de este trabajo, consiste en analizar las lagunas jurídicas existentes en la ley, que originan que el combate contra este tipo de actividades sea poco eficaz, a efecto de que puedan ser corregidas, y tomando como punto de partida los argumentos legales que pudiera emplear un lavador, para obtener su absolución.

En el capítulo primero de este trabajo, se abarca los antecedentes generales de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, aún antes de que se legislara sobre dicha actividad, no solo en México, sino desde que se le conoció a este delito como *laundry money*, por la mezcla de fondos ilícitos que realizaban en Estados Unidos de Norteamérica, durante la época de prohibición de bebidas alcohólicas, con los ingresos provenientes de lavanderías.

También se estudiará el caso de la Alemania Nazi durante la Segunda Guerra Mundial, las actividades realizadas para obtener recursos que financiaran la guerra en que se encontraban, desde el despojo de bienes, hasta la utilización de restos humanos con los que producían abono, jabón, y utensilios caseros, que por supuesto generaron ganancias ilícitas, por derivar del homicidio de grandes grupos de población, y que se emplearon para obtener insumos indispensables para continuar la guerra.

En el capítulo segundo se aborda los conceptos básicos del derecho penal, su interacción con otras disciplinas, su forma de interpretación, así como la extradición, sus elementos y requisitos. También analizamos la tentativa, tanto en su forma acabada como inacabada y su punibilidad.

En el capítulo tercero, y por ser materia de este trabajo el estudio de un delito, se analiza los elementos propios del delito en general, como son conducta y ausencia, tipicidad y atipicidad, antijuricidad y causas de justificación, imputabilidad y su aspecto negativo, culpabilidad y ausencia de culpabilidad, punibilidad y excusas absolutorias, así como el cuerpo del delito, estableciendo tanto sus elementos internos como externos, cuyo estudio es necesario al momento de integrar la figura delictiva materia de este trabajo.

El capítulo cuarto, referente al Marco Jurídico del delito cometido con recursos de procedencia ilícita, se estudian las garantías individuales en las cuáles los lavadores se protegen para ocultar el origen ilícito de sus recursos, consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que protege el derecho al trabajo, la garantía de audiencia, la seguridad jurídica y aquella a la que Raúl Rodríguez Lobato, ha señalado como una verdadera garantía individual, la denominada contributiva, siendo este marco jurídico bajo el cual los lavadores se cobijan, al aparentar realizar actividades lícitas generadoras de impuestos o contribuciones y de ese modo dar la apariencia de lícito a los recursos o bienes mal habidos.

El hombre a través del tiempo y con la evolución de la sociedad, desde sus formas más primitivas hasta llegar a la concepción del Estado, ha buscado dotar así mismo de un cúmulo de derechos inherentes al propio ser humano y que se ha dicho le pertenece por el sólo hecho de nacer, plasmándolos primeramente en la Declaración Francesa de los derechos del

hombre; siendo a partir de esta declaración dentro de la cual se consagran el derecho a la libertad, el que los estados buscan proteger esos derechos, consagrándolos en sus propias leyes, en nuestro país se plasman en la Carta Magna, dentro de la que se conceden un cúmulo de prerrogativas a cada individuo conocidas como garantías individuales, con base en las cuales sólo es posible privar de la libertad a un individuo, si se cumplen con las formalidades que establecen leyes secundarias, como el Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales.

En el estado de derecho el hombre busca proteger a todos los individuos, colocándolos en un estado de igualdad jurídica, creando normas que describen conductas concretas y abstractas, cuya ejecución trae aparejada una sanción, dichas normas que en el caso concreto, son normas penales, al igual que toda obra del hombre son perfectibles, mediante su reforma, modificación, derogación o abrogación, con lo que se busca adecuar la ley al momento histórico que se vive y a las necesidades sociales, a efecto de evitar la impunidad e injusticia.

El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, se incluyó en el Código Fiscal de la Federación, con fecha 28 de diciembre de 1989, el artículo 115 Bis de dicho ordenamiento tiene como antecedente directo la Convención de Viena, Austria de 20 de diciembre de 1988, denominada Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, ratificada por México el 27 de febrero de 1990, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de septiembre de 1990, que entró en vigor el 11 de Noviembre del mismo año.

En el presente trabajo, se estudiarán las operaciones con recursos de procedencia ilícita, tomando en cuenta el marco jurídico regulatorio que a la

fecha existe, el cual si bien ha sido derogado y adicionado de diversos cuerpos legales, sin dejar de tomar en cuenta que la Convención de Viena antes mencionada, tuvo por objeto evitar la libre circulación de las ganancias obtenidas por el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, por lo cual es menester que nuestras leyes se encaminen a evitar y detener la circulación de ganancias obtenidas de cualquier actividad ilícita, no sólo el narcotráfico.

En el combate de las operaciones con recursos de procedencia ilícita o lavado de dinero, se ha llegado a considerar que se puede demostrar a través de la comprobación de la defraudación fiscal, situación que no se apega a la realidad, ya que el defraudar al fisco no implica que el ingreso fue producto de una actividad ilícita, simplemente implica la omisión culposa o dolosa del sujeto activo de no pagar un impuesto por una ganancia obtenida, mientras que el lavador entre más recursos ingrese al mercado con el respectivo pago de impuestos, mayores serán los recursos lavados.

El tema materia de este trabajo de investigación, aún y cuando frecuentemente se habla de él, es un tema del cual existe poca información, en algunos casos de poco acceso, sin embargo el análisis de nuestra legislación, de los casos que se sabe han llegado a seguirse ante una autoridad judicial, así como la experiencia que día a día se adquiere cuando se hace de la profesión el modo de vida, nos ha permitido darnos cuenta de las lagunas que presenta nuestra legislación, así como de los errores que se ha cometido en nuestros códigos al sancionar esta actividad ilícita.

El capítulo quinto de este trabajo, relativo a las operaciones con recursos de procedencia ilícita, se entra al estudio del fondo del delito objeto de este trabajo, analizando algunos de los métodos o técnicas más usadas

en su actividad, desde la más común, como la compra de bienes inmuebles, hasta las más sofisticadas que emplean en ingeniería financiera, como son las transferencias electrónicas, empresas de portafolio, entre otras. A efecto de lograr una correcta regulación en contra del lavado de dinero, es necesario, establecer cuáles son las actividades ilícitas que generan estos recursos ilícitos, ya que al determinar correctamente las mismas se evitará que la ley tenga lagunas que puedan ser aprovechadas para evitar una sentencia condenatoria por este tipo de actividades.

Nuestro país pasa por un momento histórico muy importante, en el que gran parte de la comunidad internacional se ha volcado en un esfuerzo en conjunto para prevenir y sancionar, una actividad delictiva que no tiene fronteras, el lavado de dinero, sancionado en nuestro país como operaciones con recursos de procedencia ilícita, importancia que ha adquirido dado la gran magnitud de los recursos con que cuenta.

Además, de la aparente realización de una actividad lícita, los lavadores realizan un sin número de operaciones de ingeniería financiera para lavar la mayor cantidad posible de bienes y recursos, algunas de esas operaciones o técnicas, se llevan a cabo mediante el empleo de instrumentos crediticios, así como de operaciones bancarias por montos menores a los señalados por la ley como operación relevante, compra de inmuebles, tráfico de moneda, establecimiento de empresas pantalla o fantasma, todas estas actividades con un sólo objeto, ocultar el origen ilícito de bienes o recursos. Todos estos métodos o técnicas de lavado, se ven apoyadas en gran medida por transferencias electrónicas dentro de un mismo país o transnacionales, que pueden pasar por varios países antes de regresar al lugar de partida.

En estas operaciones con recursos de procedencia ilícita, suele utilizarse a las instituciones que integran el sistema financiero, tales como bancos, casas de bolsa, arrendadoras financieras, compañías de seguros y fianzas, en las que en algunos casos se ha comprobado el apoyo de funcionarios de dichas instituciones, tanto para agilizar sus operaciones, como para evitar el reporte por operación relevante o sospechosa; asimismo estos recursos cuyo origen se oculta, ha servido en otros casos para obtener protección de las autoridades e impunidad.

La lucha contra el lavado de dinero ha cobrado gran importancia, ya que los capitales que aparentemente tienen un origen lícito, provienen de actividades tales como tráfico de drogas, contrabando, tráfico de blancas, tráfico de armas, secuestro, que afectan otros bienes jurídicamente tutelados como son la vida y la libertad.

La norma vigente aplicable establece una sanción para cualquier individuo, señalando además una calidad especial en el sujeto, es decir, funcionarios de las instituciones que integran el servicio financiero, así como para aquél funcionario público que encargado de investigar y perseguir esta actividad, participe en ella, aumentando la pena en estos casos. El tipo penal establece para la integración del delito que se acrediten tanto los elementos objetivos como los subjetivos; en el caso de los segundos, dicho elemento se refiere al conocimiento previo del origen ilícito de los bienes que se poseen o utilizan.

En virtud de los bienes que afecta el lavado de dinero, no sólo en su ejecución, sino en las actividades conexas que se realizan para obtener estos fondos que han de lavarse; la lucha para su prevención y sanción no debe de dar descanso, por lo que en este trabajo recepcional se propondrán algunas

medidas para prevenirlo y algunas de las reformas que se consideran necesarias a los cuerpos legales a efecto de evitar que una vez detectadas estas operaciones y a sus autores, queden impunes por deficiencias legales.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DEL DELITO DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA, LAVADO DE DINERO

1.1 Antecedentes Político Sociales

Con la caída del muro de Berlín que puede considerarse el final de la “guerra fría” ha surgido un mayor interés de la prensa y de la sociedad por los asuntos derivados de la corrupción, el tráfico de droga, lavado de dinero, comisiones ilegales, sobrefacturación, etc. Los gobiernos tienen una mayor libertad para tratar públicamente asuntos que se habían tenido ocultos durante decenios ya que denotaban los vicios del capitalismo y de los que podían haber hecho uso los países aliados a la Unión Soviética. El problema es de gran importancia porque significa el debilitamiento evidente del sistema democrático (y de los valores éticos que se le presupone) en los países donde este sistema existe. Es imposible compatibilizar democracia (estado social de derecho) y las formas de corrupción de cualquier orden, por ello es que se ocultaban todos los asuntos que la implicaban.

Las organizaciones delictivas han tenido un crecimiento constante y una evolución enorme a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Meyer Lansky, tesorero del grupo de Lucky Luciano y posteriormente financiero de la mafia italo-norteamericana hasta su muerte, fue el hombre que adaptó y desarrollo técnicamente las formas modernas de los mercados financieros internacionales para lograr optimizar los fondos que este tipo de organizaciones utilizan. Puede considerarse a Lucky Luciano y Meyer Lansky como los grandes adaptadores de las organizaciones delictivas, a la realidad del siglo XX. Supieron utilizar al poder político como instrumento de sus propias operaciones.

Las primeras redes de narcotráfico en América Latina están relacionadas directamente con grupos de nazis exiliados en la época inmediatamente posterior a la guerra, estos grupos se financiaban con fondos derivados del mercado de la droga (cocaína y heroína) y con el tráfico de armas abandonadas en el sudeste asiático o compradas en Israel de los saldos de armas rusas tomadas durante las guerras de Medio Oriente. El mercado fue creciendo y con él las cantidades de dinero líquido, lo que creó problemas técnicos que solo una administración financiera especializada podía solucionar eficazmente en los circuitos de dinero negro que existían en América Latina desde los años 30.

Una de estas redes estaba basada en la experiencia del mencionado Meyer Lansky al que se considera el primero en idear la técnica del autopréstamo y otras armas financieras que hoy se conocen como ingeniería financiera. La otra estaba basada en las experiencias de un grupo de financieros americanos especializados en fondos de inversiones y evasión de divisas, lo que provocó numerosos procesos por estafas en diversos países entre ellos Chile, Paraguay, Argentina, Nicaragua, Panamá y las Bahamas durante varios años. Provocando el traspaso de sus conocimientos a las redes de dinero negro, evasión y especulación.

Lansky nunca estuvo procesado por ningún delito.

Con el fin de la guerra Fría (1948-1991), el principal bloque Socialista representado por la URSS, y la supremacía del capitalismo ha permitido que poco a poco se aumente la lucha en contra de las mafias y de las actividades ilícitas por ellas desarrolladas, que en algún momento sirvieron de apoyo para afianzar la hegemonía del capitalismo, y en gran medida contribuyó a que estos grupos adquirieran gran poder dentro de dichos estados.

1.2 El Lavado de Dinero como Fenómeno Social

El delito de Operaciones con recursos de procedencia ilícita o más conocido como lavado de dinero, es una actividad que ha venido incrementándose y agravándose en la medida en que el narcotráfico, principal delito generador de recursos lavados, ha ido en aumento con la distribución y tráfico Internacional de drogas, que de ninguna forma respeta legislaciones, fronteras o países. Este delito ha cobrado gran fuerza derivada principalmente de la globalización de mercados, de los avances tecnológicos que permiten hacer transferencias de grandes sumas de dinero de una cuenta a otra, de un Banco a otro y de un país a otro, cuya realización técnicamente es instantánea.

Considerando que el lavado de dinero consiste en el ocultamiento de la procedencia ilícita de una suma de dinero, y que derivan de la realización de diversos delitos, dicha conducta delictiva aunque jurídicamente no existía al no encontrarse sancionada por ningún cuerpo legal, la conducta en si misma ya existía desde hace mucho tiempo y se venía realizando, no solo a principios de siglo, sino que se ha realizado desde que la comisión de algún delito generó una utilidad que fue a su vez invertida en bienes para el sujeto activo del delito.

El delito conocido en nuestra legislación como Operaciones con recursos de procedencia ilícita, asume diferentes denominaciones atendiendo al país del que se trate, ya que en algunos se le conoce como blanqueo de fondos o de dinero en legislaciones como la Francesa, o como lavado de dinero en algunos otros como Estados Unidos de América. A partir de 1989, con la Celebración de la Convención de Viena denominada CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRAFICO ILICITO DE

ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS, se ha emprendido una lucha Internacional en contra del lavado de dinero, en la que si bien no participan todos los países del mundo, sí existe una mayoría avocada a la lucha de este delito y que se ha derivado en la tipificación del delito de lavado de dinero, en legislaciones de varios países entre ellos Francia, Estados Unidos, España y México, por señalar algunos.

1.3 Antecedentes Históricos del Lavado de Dinero

1.3.1 En Estados Unidos

La Volstead act. (Ley Seca)

El lavado de dinero en Estados Unidos tuvo su inicio con la entrada en vigencia de la Volstead Act, que entró en vigor el 16 de Enero de 1920 y que debe su nombre a Andrew J. Volstead, que impulsó su sanción para prohibir la venta de alcohol, este periodo se conoce mejor como la Ley Seca, dentro del cual se originó el florecimiento de bandas delictivas dedicadas al tráfico de alcohol.

La ley seca en Estados Unidos tuvo su origen en la llamada Guerra de Mujeres, en 1873. En ese entonces funcionaban unos 100,000 bares, que significaba uno por cada 400 habitantes. En todo el territorio, millares de mujeres se concentraban en los templos, rezaban, cantaban himnos y desde allí se dirigían hacia los bares, donde intentaban salvar las almas de los concurrentes. Las autoridades recibían con indiferencia sus reclamos.

La Anti- Salón League y la Womans Cristian Temperance eran, en el último cuarto del siglo XIX, las organizaciones más poderosas en esa misión

que querían evitar que almas húmedas de alcohol se secaran en el infierno. Con el país inmerso en la Primera Guerra Mundial, los congresistas se dieron tiempo para abstraerse del drama Europeo y debatieron la enmienda 18, que prohibía la producción, venta y el transporte con fines de consumo de licores en toda la Unión, la aprobaron el 17 de Diciembre de 1917, pero el presidente Woodrow Wilson la vetó, pero dado el sistema Federalista de Estados Unidos, una enmienda puede ser incorporada a la Ley fundamental de la nación si es ratificada por los dos tercios de los estados. El 16 de Enero de 1919 se alcanzaron las ratificaciones de 36 de los entonces 48 estados, y la Enmienda quedó Firme y entró en vigor a la media noche del 16 de enero de 1920.

Con la aprobación y entrada en vigencia de la Ley Seca no se aminoró el consumo de alcohol de los Norteamericanos, sino por el contrario parecía haberse incrementado, en el primer año de la llamada Ley Seca se consumieron 600 millones de litros de Wisky, ron y ginebra; 2,500 millones de litros de cerveza y 400 millones de litros de vino, lo que daba un promedio de 25 litros por habitante, incluyendo niños y puritanos, lo que daba una ingesta de casi 10 litros de alcohol puro *per capita*.

Junto con la sed de alcohol se desarrolló uno de los grandes males de la sociedad: el del crimen organizado, la mafia, que hasta entonces se había limitado a la prostitución, los secuestros, los asesinatos por encargo el racket –la protección extorsionista-, el saqueo de sindicatos, los prestamos usurarios, los asaltos y el tráfico de bienes robados. En ese primer año recaudó cuatro millones de dólares.

La red de contrabando que habían creado las bandas era a gran escala incluyendo buques, lanchas costeras y camiones propios, y además con

agentes del servicio de guardacostas y policías que brindaban apoyo a estos grupos.

En 1927 Al capone se había apoderado de Chicago; para eso, colocó como alcalde a un político de su nomina, operación que tuvo un costo de \$200,000.00 dólares, una inversión de altísima rentabilidad, ya que sus ingresos en ese año se estimaron en 105 millones de dólares, 60 millones por la venta de alcohol y licores, 25 millones por la administración de los casinos, 10 millones por los burdeles y 10 millones por extorsiones; pero tenía sus gastos, debía pagar a policías, políticos, inspectores, verificadores que controlaban la prohibición, periodistas y abogados sumamente necesarios. Además mantenía a cientos de soldados o torpedos, como denominaba a sus sicarios, decenas de edificios, apartamentos y una numerosa flota de vehículos, solo en políticos, jueces y policías corruptos invertía 15 millones de dólares anuales, de todos modos le quedaba una ganancia anual de 30 millones de dólares.

Al capone fue procesado por evasión fiscal (ya que en ese entonces no existía el lavado de dinero como delito), el proceso comenzó en Septiembre de 1931, el gangster como siempre comenzó a gastar miles de dólares, con el fin de comprar a los miembros del jurado, pero el servicio secreto se enteró de la maniobra y le informó al Juez James Wilkerson.

El día del juicio Capone entró al recinto, sonriente como siempre, elegantemente vestido y con aire triunfalista, una muchedumbre de guardaespaldas se situaron como espectadores. Entonces el Juez Wilkerson llamó al ujier privadamente y le dijo: el Juez Edward tiene otro juicio en este momento, aquí en este mismo edificio. El y yo hemos convenido intercambiar los jurados, de esta forma a las personas compradas por Capone les tocó

actuar en otro juicio y al gangster le iba a tocar un jurado conformado por personas que no habían sido sobornadas. El día 24 de Noviembre de 1931 Capone fue declarado culpable, condenado a 11 años de prisión, fue puesto preso en 1931, pero no por sus crímenes, sino por evasión fiscal.

Cuando Estados Unidos entró en la Segunda Guerra Mundial, tenía un gran problema de contrainteligencia en los puertos de la Costa Atlántica, especialmente Nueva York. Los trabajadores portuarios eran en su mayoría inmigrantes europeos, especialmente italianos, cuya lealtad al Gobierno de Estados Unidos estaba en duda. La oficina de Inteligencia Naval (OIN) tenía información de que entre ellos había simpatizantes del tercer Reich que realizaban misiones de espionaje y sabotaje.

En Diciembre de 1941 la OIN abrió una oficina en Nueva York y su jefe, el capitán McFall quería la colaboración de los hampones, ya que ellos dominaban las zonas portuarias y por lo tanto serían aliados esenciales en la eliminación de espías y saboteadores.

El 7 de Marzo de 1942 el capitán Mc Fall y el comandante Charles Haffenden, también de la OIN, se reunieron con el fiscal de Distrito de Manhattan, Frank Hogan, y su diputado, el futuro Juez federal Murray Gurfein, para discutir cómo reclutar a la mafia al esfuerzo de guerra de Estados Unidos. De futuras conversaciones entre estos individuos surgió la idea de procurar los servicios de Charles "Lucky" Luciano, mafioso que cumplía una sentencia de 30 a 50 años. Lucky Luciano fue arrestado en 1936 y encarcelado con 62 cargos.

En la Década de los 20, Luciano unió fuerzas con el mafioso judío Meyer Lansky y ambos erigieron un imperio de heroína y prostitución que

tomó como modelo e inspiración la empresa Standard Oil de los Rockefeller. La alianza Luciano-Lansky fue pionera en el desarrollo de técnicas de administración y lavado de dinero que cambiaron para siempre la estructura del crimen organizado.

La OIN contactó al abogado de Luciano, Moises Polakoff, para pedirle que le comunicara a su cliente una oferta, la cual consistía en el ofrecimiento de clemencia a cambio de cooperación con la marina, Polakoff, quien fue agente de inteligencia naval durante la Primera Guerra Mundial, le expresó a sus ex colegas su disposición para cooperar, pero dijo que el mejor intermediario no era él, sino una persona que, decía él, a pesar de su reputación tenía un patriotismo intachable, refiriéndose a Lansky.

El 11 de Abril de 1942, Haffenden, Gurfein y Polakoff se reunieron con Lansky en un restaurante en la calle 58 de Manhattan para discutir la propuesta, y Lansky accedió a cooperar, al mes siguiente las autoridades correccionales del estado de Nueva York permitieron a Lansky visitar a Luciano, quien aceptó el trato propuesto por la OIN y desde la cárcel ordenó a los líderes de la mafia portuaria a cooperar con la inteligencia naval.

En las siguientes semanas Luciano recibió visitas de sus tenientes. Lansky se reunía regularmente con Haffeden y otros oficiales de la Inteligencia naval en el lujoso hotel Astor, fue así como nació la funesta alianza entre el crimen organizado y la Inteligencia norteamericana.

En 1943 la Mafia coopera con la OIN para facilitar el desembarco aliado en Sicilia e Italia, fueron poniendo a mafiosos en posiciones de poder en los territorios liberados, como consecuencia la mafia gobernó en Roma en los años de la posguerra.

En 1946 Luciano fue indultado por el Gobernador Dewey, el mismo que como fiscal lo puso en la cárcel. Las autoridades lo deportaron a Italia, donde tuvo, hasta el final de sus días, una próspera vida con las ganancias que le sacaba al tráfico de heroína.

Las relaciones que estableció el gobierno Norteamericano con al Mafia no solo aseguraron la hegemonía del capitalismo durante la Segunda Guerra Mundial, sino que también impulsaron y protegieron el desarrollo de actividades ilícitas como el tráfico de drogas, los homicidios por encargo, la extorsión, debido a que al apoyarse en la mafia para asegurar cierta hegemonía solapando las actividades de grupos mafiosos que originaron y fomentaron el lavado de dinero, actividades que hoy se pretende reprimir.

1.3.2 La Segunda Guerra Mundial

Las causas que originaron la Segunda Guerra Mundial tienen parte de su origen en el Tratado de Versalles, firmado el día 28 de junio de 1919, el cual dio fin a la Primera Guerra Mundial, con la celebración del tratado de Versalles Alemania perdió, aproximadamente la octava parte de su territorio continental, unos 6,500,000 habitantes de su población y sus posesiones coloniales. Para garantizar que Alemania no representaría jamás un peligro de guerra nuevamente, su ejército quedó reducido a cien mil hombres, su flota en quince mil unidades y quedó prohibido el reclutamiento militar. La escuadra alemana fue reducida a media docena de acorazados y cruceros y una docena de destructores y lanchas torpederas.

Las duras condiciones económicas de la posguerra abrumaron al pueblo alemán que veía como el dinero se evadía del país a la par de una inflación galopante, el desempleo era excesivo y para 1923, un alemán de

cada cuatro se hallaba sin trabajo. Los soldados que retornaban del frente después de cuatro años de penurias vividas en las trincheras, se vieron sorprendidos y enfurecidos, resultando elementos propicios para los movimientos nacionalistas. Cuando el gobierno alemán solicitó una moratoria para satisfacer sus reparaciones de guerra, los gobiernos de Francia, Bélgica e Italia respondieron enviando tropas para ocupar la zona del Rin en enero de 1923. Estas humillaciones despertaron la furia nacionalista germana, que se dirigió contra los aliados y contra su propia República de Weimar.

Alemania derrotada, albergaba un profundo resentimiento por la pérdida de grandes áreas geográficas y por las indemnizaciones que debía pagar en función de las reparaciones de guerra impuestas por el Tratado de Versalles. Italia, una de las vencedoras, no recibió suficientes concesiones territoriales para compensar el costo de la guerra ni para ver cumplidas sus ambiciones, no había quedado muy conforme con la repartición de territorios hecha en virtud del Tratado de Versalles en 1919. Los italianos obtuvieron sólo los territorios de Trento y Trieste, cuando aspiraban a ganancias mucho mayores. Por otra parte, la miseria reinaba en los campos y la carestía azotaba las ciudades, haciendo crecer el descontento popular, Japón que se encontraba también en el bando aliado vencedor, vio frustrado su deseo de obtener mayores posesiones en Asia oriental.

Nazismo

Adolf Hitler postulaba que según las leyes naturales, los más fuertes debían imponerse a los más débiles. También consideraba que existía una tendencia natural hacia la duración de las razas, idea en la que se basó para luchar por la pureza de la raza aria, tronco étnico de lo germanos.

Según Hitler, los arios eran una raza privilegiada forjadora de cultura, los judíos, en cambio, representaban para él un pueblo destructor de esa cultura. Hitler veía en el antisemitismo un fundamento de su misión histórica. Esto lo llevó a desencadenar una implacable persecución, que comenzó por despojar a los judíos de sus bienes, continuó con su discriminación en todos los aspectos y culminó con cinco millones de víctimas en los campos de concentración. El estado debía organizarse en base a un principio aristocrático, donde la autoridad estaría en manos del líder (Führer), de especial capacidad, en el cual el pueblo depositaría su confianza. El Führer consideraba fundamental para el porvenir de Alemania la conquista de un espacio vital en Europa, lo que implicaba la expansión territorial.

La oportunidad de triunfo para los nazis se presentó tras la crisis económica desatada en el año 1929. La población estaba angustiada por la falta de trabajo y muchos capitalistas veían con temor el avance de los comunistas, que se habían hecho más fuertes después de la Revolución Rusa. Además, había en el ejército un deseo revanchista, provocado por la dura humillación que Alemania había sufrido en la Primera Guerra Mundial. Por todo esto, la idea nazi comenzó a ser captada con simpatía por parte de las masas alemanas, que quería recuperar su orgullo nacional. Alemania comenzó su carrera armamentista en 1933, a ordenar sus ejércitos y a prepararse para llevar a cabo su proyecto expansionista, formando principalmente el eje Berlín-Roma-Tokio.

La Sociedad de las Naciones, que había sido creada en el tratado de Versalles para evitar que se presentaran nuevas guerras, no pudo evitar el estallido de nuevos conflictos internacionales ni cumplir la misión pacificadora para la que había sido concebida. No pudo imponer el cese al fuego cuando

Japón, Italia y Alemania empezaron las agresiones. A pesar de que aplicó sanciones económicas y diplomáticas, los países culpables optaron por salirse de la organización en lugar de acatarlas.

El Holocausto Nazi

El Holocausto Nazi fue la aniquilación sistemática y burocrática de seis millones de judíos por parte del régimen nazi y sus colaboradores como un acto de estado central durante la Segunda Guerra Mundial. En 1933, aproximadamente nueve millones de Judíos vivían en los 21 países de Europa que serían ocupados por Alemania durante la guerra. Para 1945, dos de cada tres judíos europeos habían sido asesinados. Los primeros campos de concentración fueron creados poco después de que los Nazis llegaran al poder en enero de 1933; estos continuaron como una base del régimen Nazi hasta el 8 de mayo de 1945, cuando la guerra, y el régimen Nazi, terminaron.

Los eventos del Holocausto ocurrieron en dos fases principales:

- 1933 a 1939

- 1939 a 1945

I.-1933 a 1939

El 30 de enero de 1933, Adolfo Hitler fue nombrado Canciller, la posición de más poder dentro del gobierno Alemán, por el presidente Hindenburg, quien esperaba que Hitler pudiera guiar a la nación fuera de la gran crisis económica y política en que se encontraba Alemania. Hitler era líder del Partido Obrero Alemán Nacional Socialista (conocido también como

el Partido Nazi); siendo uno de los partidos políticos más fuertes en Alemania, y a pesar del sistema multipartidista del país, el Partido Nazi obtuvo una pluralidad del 33% de los votos en las elecciones de 1932 para el parlamento alemán.

En 1933, los Nazis comenzaron a poner en práctica su ideología racial, y a creer en la superioridad racial de los Alemanes, sugirieron que habría una lucha por sobrevivir entre ellos y las razas inferiores. Ellos veían en los judíos, gitanos y en los impedidos una amenaza biológica seria en contra de la pureza de la Raza Aria, que ellos llamaban la raza maestra.

En este mismo año, nuevas leyes alemanas forzaron a los Judíos a renunciar a sus trabajos, a sus estudios en las universidades y a retirarse de toda actividad en otras áreas de la vida pública. En el mes de abril, un boicot de hombres de negocio Judíos fue establecido. En 1935, las leyes proclamadas en Nuremberg quitaron a los Judíos Alemanes su ciudadanía, a pesar de que conservaban sus derechos limitados. Entre 1937 y 1939, nuevas regulaciones antisemitas segregaron a los Judíos aún más y les hizo la vida diaria muy difícil: los Judíos no podían ir a las escuelas públicas, ni a los teatros ni a los lugares de descanso, ni podían tener su residencia ni aún caminar en ciertas secciones de las ciudades alemanas, fueron despojados, arraigaron los negocios y propiedades Judías por sus propios medios y obligándolos a venderlas a precios injustos.

Entre 1933 y 1936 miles de personas, en su mayoría prisioneros políticos y Testigos de Jehová, fueron llevados a los campos de concentración mientras que varios miles de Gitanos Alemanes fueron confinados en campos municipales especiales. El primer ataque sistemático hacia los Judíos Alemanes y Austriacos se llevó a cabo cuando

aproximadamente 30,000 hombres Judíos fueron deportados a Dachau y a otros campos de concentración y varios cientos de mujeres Judías fueron enviadas a cárceles locales. Al final de 1938, la ola de arrestos también incluían varios miles de Gitanos Alemanes y Austriacos.

II.- 1939 a 1945

El 1ero. de septiembre de 1939, Alemania invadió Polonia y la Segunda Guerra Mundial comenzó. En menos de un mes, el Ejército Polaco fue derrotado y los Nazis iniciaron su campaña de destrucción hacia la cultura Polaca y de esclavización de la población Polaca. Miles de Polacos, incluyendo Judíos, fueron enviados a los campos de concentración.

La Segunda Guerra Mundial trajo grandes cambios al sistema de los campos de concentración. La gran cantidad de nuevos prisioneros deportados de todos los países ocupados por Alemania, ahora inundaban estos campos. Muy seguido, grupos enteros eran enviados a los campos, tales como los miembros de las organizaciones de resistencia subterráneas que fueron capturados en toda la Europa occidental en 1941 bajo el decreto de Noche y Niebla. Para acomodar el incremento masivo en el número de prisioneros, se establecieron cientos de nuevos campos en territorios ocupados de la Europa oriental y occidental.

En las ciudades Polacas que se encontraban bajo la ocupación Nazi, como Warsaw y Lodz, los judíos fueron confinados en ghettos sellados donde el hambre, la sobrepoblación, el frío y las enfermedades contagiosas dieron muerte a decenas de miles de personas. En Warsaw y otras poblaciones, los Judíos que se encontraban en los ghettos hicieron un gran esfuerzo, bajo un gran riesgo, por mantener sus vidas religiosas, culturales y en comunidad.

Los seis lugares de asesinato masivo fueron escogidos debido a su cercanía a las vías del tren y su localización en zonas semi-rurales, en Belzec, Sobibor, Treblinka, Chelmno, Majdanek, y Auschwitz-Birkenau. Chelmno fue el primer campo en donde se llevaron ejecuciones masivas por medio del gas, traído por vehículos pipas: 150,000 personas fueron asesinadas ahí entre diciembre de 1941 y marzo de 1943, y de junio a julio de 1944. Un centro de exterminación que utilizaba pipas de gas y cámaras de gas operó en Belzec, donde más de 600,000 personas fueron asesinadas entre mayo de 1942 y agosto de 1943.

Entrada Campo de Concentración de Auschwitz-Birkenau

Sobibor fue abierto en mayo de 1942 y fue cerrado un día después de la rebelión de los prisioneros en octubre 14 de 1943; 200,000 personas fueron asesinadas en ese lugar por medio del gas. Treblinka fue abierta en julio de 1942 y cerrada en noviembre de 1943; una revuelta de prisioneros a principios de agosto de 1943 destruyó gran parte del campo de concentración. Por lo menos 750,000 personas fueron asesinadas en Treblinka, físicamente el centro de exterminio de mayores dimensiones. Hubo muy pocos sobrevivientes de estos cuatro centros de exterminio, debido a que la mayoría de las víctimas eran asesinadas inmediatamente después de su llegada a estos lugares. Auschwitz-Birkenau, que también sirvió como un campo de concentración y como un campo de trabajos forzados, se convirtió en el campo de exterminio donde el mayor número de Judíos y Gitanos Europeos fueron asesinados. Después de una gaseada experimental en septiembre de 1941 de 250 Polacos enfermos y 600 rusos, el exterminio masivo se volvió una rutina diaria; más de 1.25 millones fueron asesinados en Auschwitz-Birkenau, 9 de cada 10 eran Judíos. Además Gitanos,

Soviéticos, y prisioneros enfermos de todas las nacionalidades murieron en las cámaras de gas. Entre mayo 14 y julio 18 de 1944, 437,402 judíos húngaros fueron deportados hacia Auschwitz en 48 trenes. Esto fue probablemente la deportación más grande llevada a cabo durante el Holocausto. Un sistema similar fue implementado en Majdanek, que también servía como campo de concentración y en donde al menos 275,000 personas fueron asesinadas en las cámaras de gas, o murieron de malnutrición, brutalidad o enfermedad.

Los prisioneros eran empleados en las más diversas tareas, desde la construcción de carreteras hasta la fabricación de armamentos, el trabajo inhumano en la explotación de la minas o prestaban los más variados servicios a las industrias privadas. Los empresarios alemanes intercambiaban con las SS el empleo de mano de obra barata a cambio de dinero y la mayoría de estos empresarios siguieron en su actividad sin interferencias ni juicios después de la guerra. Los internados resultaban útiles incluso después de muertos. El pelo de las víctimas era convertido en fieltro industrial, los huesos sin quemar se vendían a firmas industriales, las cenizas se utilizaban como fertilizantes y los dientes de oro generaban importantes ingresos. La esposa del comandante del campo de Buchenwald tenía en su habitación lámparas cuyas pantallas fueron elaboradas con la piel tatuada de algunas víctimas. El suyo no fue un caso aislado y cientos de alemanes decoraron sus casas con piezas humanas. El ejército alemán acumuló durante la Segunda Guerra Mundial vastas propiedades de arte, tomadas de ciudadanos y museos de los países conquistados.

Los métodos de asesinato fueron los mismos en todos los centros de exterminio, que fueron operados por la S.S. Las víctimas eran llevadas desnudas hacia las cámaras de gas, y dentro de ellas era utilizado el

monóxido de carbono o Zyklon B (una forma de ácido cristalino, también utilizado como insecticida).

Después de que la guerra se tornó contra Alemania y los ejércitos Aliados se le acercaban en 1944, la S.S. decidió evacuar algunos campos de concentración. Los Alemanes trataron de ocultar las evidencias del genocidio y deportaron prisioneros hacia campos dentro de Alemania para prevenir su liberación. Muchos prisioneros murieron durante esas largas jornadas a pie conocidas como "marchas de la muerte". Durante los días finales, en la primavera de 1945, las condiciones de los campos de concentración que aún quedaban convirtieron a estos cambios en centros de exterminio masivos.

El Reichsbank, principal Banco Nazi, contenía la mayor parte de las reservas de oro de la Alemania Nazi. "En la primavera de 1945 las tropas aliadas descubrieron en una mina abandonada de Merkers un enorme botín escondido, que los oficiales nazis no pudieron ni fundir ni enviar a Suiza. Las tropas localizaron también 189 contenedores, cuidadosamente apilados en una esquina de la cueva, lejos del camino principal. Esos contenedores fueron identificados por Albert Thoms, destacado funcionario de economía nazi, como un botín de la SS, y contenía sacos de oro y piezas dentales de plata que aun no habían sido fundidas. En Abril y Mayo de 1945 se abrieron los contenedores. Contenían todas las clases imaginables de artículos personales de valor y muchísimo dinero en efectivo, según se desprende de un informe, catalogado como secreto, de la División Especial de Finanzas del Cuartel General Aliado de la Fuerza Expedicionaria (SHAEF), datado el 8 de mayo de 1945."¹ Este botín era la cosecha sangrienta de los campos de exterminio.

¹ Adam Lebor, Los Banqueros Secretos de Hitler, p.73.

“El informe de la SHAEF da detalles de lo que se califica como botín de la SS: Plata ornamental (bandejas, candelabros, etc.); plata sencilla: tenedores, cucharas, cuchillos; copas de la Pascua y peanas de candelabros de plata; piezas dentales de oro y de plata, parte de ellas fundidas; cadenas de reloj y estuches de oro y de plata; pitilleras de oro y de plata, algunas de ellas con el nombre grabado y otras con el nombre borrado.”²

En Merkers se encontraron: “polveras, impertinentes de opera, monturas de gafas, anillos de oro y de plata con piedras preciosas : de boda, de compromiso, de aniversario, etc.; gargantillas y collares de perlas, de diamantes, de plata y de oro; pendientes brazaletes, agujas del pelo, gemelos, tiaras, y monedas de muchas naciones y de muy distintas denominaciones... Y la lista concluye así: medias de seda.”³ El botín que incluía oro, dinero, metales preciosos y antigüedades fueron ocultados por toda Alemania

En mayo de 1945, la Alemania Nazi quedó colapsada, la S.S. fue dispersada y destruida, y los campos dejaron de existir como de exterminación, trabajos forzados o campos de concentración. El Legado Nazi fue un vasto imperio de exterminios, pillaje y explotación que afectó a cada país de la Europa ocupada.

Juicio de Nuremberg

El 20 de Noviembre de 1945 celebró sesión el Tribunal Militar Internacional en el Palacio de Justicia de Nuremberg, sirviendo de base para el proceso las resoluciones adoptadas por las tres grandes naciones que

² Idem.

³ Ibid, p. 74.

intervinieron en la Segunda Guerra Mundial (Estados Unidos de América, Unión Soviética y la Gran Bretaña).

El 18 de octubre de 1945 se fijó la acusación de los 24 altos funcionarios nazis principales, que incluía una gran variedad de crímenes y atrocidades. Estos fueron clasificados en tres bloques: crímenes contra la paz, esto es, los que consistían en la planificación, inicio y desarrollo de la guerra; crímenes de guerra, es decir, violaciones de las leyes de la guerra, contenidas en la Convención de Viena y reconocidas por los ejércitos de las naciones civilizadas, y crímenes contra la humanidad, tales como el exterminio de grupos étnicos o religiosos, así como otras atrocidades cometidas contra la población civil de los países ocupados por Alemania durante la guerra.

La sentencia del Tribunal Internacional Militar fue dictada a principios de octubre de 1946. Una de las conclusiones más importantes fue la de que, conforme al Acuerdo de Londres, planificar o provocar una guerra es un crimen que atenta contra los principios del Derecho Internacional. El tribunal rechazó las argumentaciones de la defensa de que tales actos no estaban definidos con antelación como crímenes en Derecho Internacional, con lo que la condena de los acusados violaría el principio de no retroactividad de la ley penal. Se rechazó la argumentación de que parte de los acusados no era responsable de sus actos porque actuaron por obediencia debida, pues lo importante no era la existencia de las órdenes superiores inmorales, sino si la no ejecución de las mismas era de hecho posible o no.

Con relación a los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, el tribunal apreció una aplastante evidencia de sistemática violencia, brutalidad y terrorismo llevados a cabo por el Gobierno alemán en los territorios ocupados por sus ejércitos. Millones de personas habían sido

asesinadas en campos de concentración, muchos de los cuales estaban equipados con cámaras de gas para el exterminio de judíos, gitanos y otros miembros de grupos étnicos o religiosos. Más de cinco millones de personas habían sido deportadas de sus hogares y tratadas como mano de obra barata o esclava.

Después del primer juicio de Nuremberg, se celebraron otros 12 bajo la autoridad de la Ley 10 del Consejo, y en ellos se enjuiciaron los crímenes cometidos en cada una de las cuatro zonas de la Alemania ocupada. Hubo 185 acusados. Entre ellos, jueces que habían cometido asesinatos y otros delitos encubiertos bajo la apariencia de un proceso legal, industriales que habían participado en el saqueo de los países ocupados y en el programa de mano de obra forzada.

La Banca

Las riquezas obtenidas en los países ocupados y de los judíos a quienes se les había despojado de sus propiedades y dinero en la Alemania, fueron depositados por los Nazis en la Banca Suiza, antes y durante la Segunda Guerra Mundial, riquezas que le permitían a Alemania adquirir todos los insumos necesarios para la Guerra en Europa, y que convirtieron a la Banca Suiza en un aliado del Tercer Reich, al lavar los ingresos obtenidos de la guerra. La banca Suiza no solo aceptó depósitos hechos por los Alemanes, las cuentas bancarias cuyos titulares eran Judíos fueron escondidas y ocultadas junto a lo que se conocía como el oro nazi. “Los Bancos Suizos han aceptado pagar unos 190,000 millones de pesetas a supervivientes y herederos de víctimas del Holocausto.”⁴

⁴ El Clarín, Diario Semanal, p. 5.

Desde que se inicio la persecución de los Judíos en Alemania, y durante la Segunda Guerra Mundial bancos alemanes comerciaron y especularon con propiedades arrebatadas a los Judíos que iban a los campos de concentración y cámara de gas.

Entre 1940 y 1945, la Alemania nazi se apoyó sobre todo en los bancos suizos, pero también en otros de Europa, para blanquear dinero de cuentas confiscadas y depositar oro robado a los judíos.

El informe 2969 de la operación puerto seguro, realizado por la legación americana en Berna, estimaba que “los bancos suizos tenían depósitos alemanes por un valor de 500 millones de francos suizos, aunque la cifra podía oscilar entre los 400 y 700 millones, ya que la confidencialidad de los bancos impedía dar una estimación más aproximada. Además, había grandes cantidades de objetos de valor, como el oro, las divisas, las joyas y otros metales preciosos, depositados en cajas de seguridad, cuyo contenido era sin duda producto del botín de guerra y que posiblemente estaban registrados a nombres de abogados alemanes que representaban a sus clientes, o bien en depositarios suizos. Estos depósitos seguramente suponían otros 500 millones de francos suizos. Quedaban excluidas, sin embargo, las muchas obras artísticas robadas por los nazis y que habían sido depositadas en bancos suizos. Los expertos británicos creen que las obras de arte robadas incluían 53 cuadros valorados en 2.200.000 francos suizos, mientras que otras fuentes estimaban el valor de otras diez pinturas robadas en 75.000 francos suizos; y aun hay otros informes que indicaban que cientos de otras pinturas robadas habían sido enviadas a Suiza. La suma total de los fondos alemanes en Suiza, incluyéndolo todo, desde el capital invertido hasta las pinturas robadas, oscilaba entre las 1. 770 millones y 2.490 millones de francos suizos, concluye el informe.”⁵

⁵ Adam Lebor, Op. cit., p. 153.

El lavado de dinero realizado por la Alemania Nazi y con apoyo de los Bancos, partió del supuesto primordial del exterminio del pueblo judío, del despojo y robo de los bienes de los judíos tanto de Alemania como de los territorios ocupados, de cualquier opositor al Partido Nazi, así como mediante la explotación de mano de obra barata, el uso de restos humanos para la producción de materias diversas, actividades ilícitas y delictivas en sí mismas que generaron riquezas a los Alemanes y que para su utilización se empleo el sistema financiero Alemán y Suizo, entre otros.

1.4 El Lavado de Dinero en México

La Narcotización (Narcotráfico)

El cáñamo índico (cannabis indica) llegó al Nuevo Mundo traído por los marinos durante el siglo XVI. Y no para fumarlo, aun cuando es posible que algunos conocieran el hasich, sino como materia prima para la confección de los cables que requerían los usos marinos. Las fibras americanas, incluyendo las del agave, carecían de la resistencia de las de cáñamo. Pasados casi tres siglos la marihuana, en estado silvestre, se reprodujo en varias especies y a nadie preocupaba, sus virtudes Psicótropicas se conocían y se fumaba por la clase económicamente baja sin que se le considerara delito. Durante el siglo XIX y hasta mediados del XX, la medicina popular y aun la tradicional la recomendaban para aliviar molestias bronquiales y dolores reumáticos.

En 1960, ante la demanda de un mercado estadounidense que no alcanzaban a abastecer ni México ni la producción local, la golden (especie dorada de la zona de donde fue sembrada originalmente) ingreso al mercado

norteamericano y reino en el hasta cuando la sin semilla Californiana y la de Durango recuperaron el especio perdido.

El mercado norteamericano para cocaína estaba abierto desde antes de los años treinta, cuando el consumo estuvo restringido a grupos sociales altos. La gran proveedora fue la casa Merk, que compraba la coca al Gobierno Boliviano para utilizarlo como base para anestésicos y en polvo para uso farmacéutico. El estallido de la guerra privó a los usuarios de la materia prima. La urgente necesidad de anestésicos que la guerra había creado hizo que el Rey del Estaño, don Antenor Patiño, tuviera la idea de montar un gran laboratorio ilegal en Chihuahua México, disfrazado de liofilizadora de café. Abastecía así al gobierno estadounidense y a los clientes de la Babilonia moderna: Hollywood.

En nuestro país el lavado de dinero tiene algunos de sus orígenes en el México del siglo XX, en los años 20's uno de los personajes principales dentro del narcotráfico en México era Ignacia Jasso, la Nacha, quien junto con su esposo Pablo González, El Pablote, construyeron el primero de los imperios de la cocaína en el Juárez de los años 20's. El imperio de la nacha y el pablote se extendió y perduró por cuatro décadas.

Con posterioridad surgen las grandes mafias, que se afianzaron como los amos y señores no solo en Ciudad Juárez, sino en todos los puntos estratégicos de México, desde Tijuana hasta Quintana Roo, de Sinaloa a Jalisco y Tamaulipas.

“Miguel Ángel Félix Gallardo, El Guarache de Oro, es tronco común de casi todos los barones de la droga que han dominado la escena en los últimos 10 años: Rafael Caro Quintero, Ernesto Fonseca Carrillo, Amado

Carrillo Fuentes, Joaquín Guzmán Loera, Héctor Palma Salazar y los Hermanos Arellano Félix.”⁶

Rafael Caro Quintero, se encuentra recluido en el Penal de Alta Seguridad de Almoloya de Juárez, Estado de México, procesado por los delitos de privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro, homicidio calificado, contra la salud en sus modalidades de siembra, cultivo, cosecha, transportación y tráfico de marihuana, contra la salud en su modalidad de suministro de cocaína y asociación delictuosa.

Amado Carrillo Fuentes, jefe del Cartel de Juárez, según información de la DEA y el FBI, introducía semanalmente a Estados Unidos unas 30 toneladas de la droga y lavaba 200 millones de dólares.

Los lazos de los Cártels en México han alcanzado incluso relaciones con políticos, que les han permitido introducir con toda impunidad ha nuestro país grandes cantidades de droga para ser enviadas a los Estados Unidos de América, siendo la más conocida de estas relaciones la del Hermano del presidente Carlos Salinas, relación que además permitió a los Cártels desarrollarse con toda impunidad, realizar sus actividades de narcotráfico sin ninguna preocupación y bajo la protección de las autoridades encargadas del combate al Narcotráfico.

El Narcotráfico ha venido contaminando las estructuras sociales del poder en México, de tal forma que algunos funcionarios que en algún momento estuvieron a cargo del combate del tráfico de drogas, se encuentran en este momento sujetos a proceso por tráfico de drogas en sus diversas modalidades e incluso por brindar protección a grupos criminales.

⁶ Ignacio Alvarado, Historias de Familia, p. 38.

El sistema Financiero en México, formado principalmente por Instituciones Bancarias, ha sido uno de los medios más eficaces que se han venido utilizando para lavar dinero, a través de los diversos instrumentos que se utilizan tales como transferencias electrónicas, cambio de moneda y giros del extranjero a bancos locales y viceversa. Sin embargo, el Narcotráfico, principal actividad generadora de recursos para blanqueado, ha utilizado en nuestro país diversos medios para lograr su objetivo, tales como la Inversión en empresas ya constituidas y con una situación económica precaria, lo que le ha permitido utilizarlas para su objeto, al ofrecer al lavador una ganancia cuantiosa por disfrazar dichos ingresos; otro de los medios utilizados es el financiamiento, es decir el préstamo o entrega de recursos cuantiosos o suficientes que permiten a una persona moral o física, iniciar algún negocio, mejorar mediante la inversión el que ya se tiene, con la única condición de que la cantidad de dinero dada en financiamiento deberá de ser devuelta en un plazo cierto y determinado, y con los instrumentos necesarios que permitan justificar que el dinero lavado, procede aparentemente de actividades lícitas. El lavado de dinero ha llevado incluso a encarecer productos de consumo habitual, en perjuicio del consumidor común y de la economía familiar, al invertir y acaparar productos de consumo básico, que por ende tienen gran demanda y que les permitirán recuperar su inversión (dinero lavado), en un plazo más o menos corto y con la apariencia de legítimo. El lavado de dinero en México es una actividad en pleno desarrollo y auge.

1.5 Antecedentes Legales del Lavado de Dinero

Los primeros esfuerzos por combatir el lavado de dinero, partieron de la lucha en contra del narcotráfico y de todas las actividades relacionadas con

él, al identificar que los recursos económicos ilimitados del narcotráfico podían corromper cualquier estructura de poder e incluso tomar el control de los estados, por lo que al identificarse los ingresos obtenidos de estas actividades ilícitas, el objetivo primordial fue el mermar y limitar de recursos a los grupos criminales mediante la detección de sus operaciones, y la confiscación de sus ingresos. Los primeros cuerpos legales en combatir el lavado de dinero, son los siguientes:

- En el año 1970 se promulgó la Bank Secrety Act , ley que marcó el comienzo del esfuerzo federal sistemático por seguir el flujo de fondos de depósitos significativos, y el movimiento internacional de dinero dentro del territorio de los EE.UU.

- El 19 de diciembre de 1988, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Se aprobaron sus considerandos en la ciudad de Viena.

- El 28 de diciembre de 1988, el Comité de Basilea (de regulación y supervisión bancaria) aprobó una declaración sobre este particular.

- El 6 de febrero de 1990 el Grupo de Acción Financiera (GRUPO DE ACCION FINANCIERA INTERNACIONAL SOBRE EL BLANQUEO DE CAPITALS) aprobó un informe con 40 recomendaciones para prevención del reciclaje de capitales.

- El 10 de junio de 1991 se sancionó la Directiva del Consejo de la CEE (Comunidad Económica Europea) sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales.

1.6 Antecedentes de la Delincuencia Organizada

1.6.1 La Mafia (Los Grupos Mafiosos)

El término "mafia" apareció por primera vez en un texto siciliano de 1658, pero es sobre todo en el siglo XIX que se vuelve corriente en Italia. Actualmente este término designa al grupo criminal históricamente radicado en Sicilia, caracterizado por su estructura cerrada, su violencia y su relación con una población y un territorio.

La Mafia siciliana, la Camorra napolitana, la N'Drangheta calabresa y la Sagrada Corona Unificada corresponden a sociedades arcaicas, de tipo clánico, en donde la familia representa el núcleo fundamental.

La Camorra

Nace en 1820 de la fusión de grupos de delincuentes de los doce barrios de la ciudad de Nápoles. Entre 1960 y 1970 se dedicó principalmente a la extorsión de fondos y a la delincuencia local. Desde esta época, bajo la influencia de mafiosos italo norteamericanos, la Camorra se ha convertido en una organización criminal dedicada principalmente al contrabando de tabaco, al robo, extorsión, y al narcotráfico.

La Camorra se compone por un centenar de clanes radicados en Nápoles, que se caracterizan por una gran inestabilidad, la fluidez de sus alianzas y la ausencia de estructuras verticales. Esta falta de jerarquización o dependencia horizontal ocasiona constantes enfrentamientos armados entre clanes.

Hoy en día, la Camorra trata de convertirse en una organización moderna y unificada (Nuova Camorra Organizzata, Nuova Famiglia), pero sigue teniendo fuertes rivalidades internas. Potencia financiera impresionante, la Camorra se dedica al narcotráfico, específicamente de cocaína, al racket (extorsión de fondos), a ciertas actividades comerciales (mercado de la carne, frutas y verduras), al control de los juegos clandestinos, al contrabando de cigarrillos y a la piratería de marcas comerciales.

La N´Drangheta

Nace a finales del siglo XIX en Calabria, una de las regiones más arcaicas y cerradas de Italia. Carece de una dirección unitaria, está dividido en familias independientes que se enfrentan desde generaciones en violentas venganzas (vendetta). En esta organización el núcleo fundamental es la familia patriarcal latina, aumentada con la práctica del patrocinio, el compadre es el padrino del joven mafioso en la iglesia, en la vida familiar y en las actividades criminales. Se dedican principalmente al secuestro y al narcotráfico.

La N´Drangheta está también presente en Milán y otras ciudades del Norte de Italia, controla parte de la ruta balcánica que lleva drogas a través de Europa Oriental hacia los mercados de Europa Occidental.

La Sacra Corona Unita

Nace en 1979 de la unión de los grupos locales de delincuencia y con la asesoría de la Camorra napolitana. Se presenta bajo la estructura mafiosa, con ceremonia de iniciación, pruebas de admisión, escala de castigos,

etcétera; su estructura es vertical, apoyada sobre seis o siete clanes principales, quienes son responsables de una zona geográfica limitada e imponen a los demás grupos de delincuentes las reglas y la hegemonía de la organización.

Se encuentra establecida en las ciudades de Taraenta y Brindisé, frente a las costas de Albania, esta organización es muy activa en el tráfico de armas, el tráfico de heroína y el contrabando de tabaco. De manera local controla los juegos clandestinos y las discotecas de la costa adriática.

A este tipo de organización italiana corresponde también la Cosa Nostra, grupo mafioso norteamericano de origen siciliano, así como los Yakuza japoneses, las tríadas chinas y los cárteles colombianos de Cali y Medellín, etc.

En 1988, la OIPC-INTERPOL definió al crimen organizado como toda asociación o grupo de personas que se dedican a una actividad ilícita de manera permanente, cuyo primer objetivo es sacar provecho sin tomar en cuenta las fronteras nacionales. En esta definición no se toma en cuenta la relación que existe con el territorio o con un grupo de población, ni los medios empleados en la obtención de sus fines.

En Italia los dos adversarios históricos de los grupos mafiosos han sido el fascismo de Mussolini y el Partido Comunista Italiano. La Mafia siciliana fue utilizada en la Segunda Guerra Mundial por las fuerzas aliadas para la invasión de Italia.

1.6.2 En América

En Estados Unidos de América

El sistema político norteamericano no favorece contubernios entre los diferentes grupos de criminalidad organizada y los medios políticos nacionales. Sin embargo, se detectaron varias penetraciones de la Cosa Nostra dentro de los poderosos sindicatos de diversas corporaciones. En ese sentido históricamente se ha conocido de las alianzas que el gobierno ha realizado a través de sus agencias de inteligencia con grupos de criminales, en algunos casos para el control de un grupo social, en otros para el cumplimiento de sus objetivos en el extranjero, justificándose en la seguridad nacional.

En Colombia

El Cártel de Cali dedicado principalmente al narcotráfico, practica un nacionalismo exacerbado, sustentado en el antiamericanismo, en un tiempo el Cártel de Medellín tuvo lazos con el régimen castrista. Las organizaciones revolucionarias de extrema izquierda se dedicaron al narcotráfico para poder financiar sus actividades armadas.

En México

La estructura fundamental de los grupos delincuenciales en México, es la del Cartel, existiendo diversos carteles según la zona geográfica del país, dedicados principalmente al narcotráfico, con una estructura interna jerarquizada, dependiente del jefe del cartel, y que practican la violencia.

1.6.3 En Asia

En Taiwan

Las tríadas tienen relaciones permanentes con el Kuo Ming Tang, que siempre ha conservado el poder político.

En China

La existencia de organizaciones criminales es a veces negada por los policías de los países asiáticos de la zona del Pacífico, tal vez por razones de corrupción, pero un gran número de factores permiten opinar lo contrario, entre otros la estructuración de los grupos mafiosos chinos, parecida a la de las mafias italianas.

Según algunas leyendas, la primera tríada nació en 1674, cuando 5 monjes budistas sobrevivientes del monasterio de Foochow, después del movimiento de rebeldía en contra de los invasores manchurios, crearon la organización Hung Mon, cuyo objetivo era la restauración del régimen de los emperadores Ming.

Las tríadas se opusieron después a los colonizadores japoneses y europeos. En el siglo XIX financiaron sus actividades de resistencia con actos de piratería marítima, contrabando y diferentes tráfico, cuando se proclamó la primera República China en 1912, habían cumplido con su objetivo político fundamental, siendo reconocidas en forma casi oficial por el fundador de la república, el doctor Sun Yat Sen, quien, según su biógrafo, Harold Schiffren, era miembro de una organización de este tipo con el importante grado de 426.

El reclutamiento de sus miembros requiere de un ritual común a todas las organizaciones ocultas: intercambio de sangre, juramento, etcétera. Además, el grupo dirigente cuenta con un número máximo de cinco personas.

En Japón

Los grupos Yakuza, tienen una estructura idéntica al modelo siciliano: organización vertical y jerárquica, fuertes relaciones con la clase política y búsqueda de una cierta legitimidad cultural en la sociedad. Son tres las principales organizaciones: Yamaguchi-Gumi, Inagawa Kaï y Sumiyoshi Kaï controlan las dos terceras partes de los 91,000 miembros del crimen organizado que en Japón se dedican a los juegos clandestinos, a la extorsión de fondos, a las redes de prostitución, al mercado inmobiliario, y tienen un papel de mediación en ciertos arreglos privados como deudas, accidentes de tránsito, expulsión de inquilinos inconformes, etc.

1.6.4 En Europa

Sus orígenes son controvertidos, pero la tesis más avanzada es la creación de un cuerpo de guardias por parte de latifundistas opuestos al poder político de Nápoles, los que, utilizados después para reprimir ciertos movimientos campesinos, se volvieron autónomos y, a principios de este siglo, entraron en las ciudades de Sicilia, donde lograron controlar progresivamente los negocios, la pequeña industria, las obras públicas y las empresas financieras.

A partir de esta época, los mafiosos son obligatoriamente afiliados a una familia que tiene el control de un territorio limitado, en Palermo a un barrio, en los suburbios a un poblado. Cada familia elige a su jefe o capo,

quien designa, con otros dos jefes de familia, a un responsable de zona, quien les representará en la comisión, hay dos comisiones, una para Palermo y otra para el resto de Sicilia.

En los años ochenta la Cosca de Corleone, cerca de Palermo, toma el control de la organización sin respetar las reglas tradicionales, matando a varios centenares de mafiosos en un acontecimiento llamado guerra de la mafia.

Las actividades de la mafia siciliana se caracterizan por practicar la ley del silencio, mantener el control del territorio por un sistema de protección obligatorio por medio del pizzo, un impuesto de tipo mafioso pagado, en 1992, por el 55% de los negociantes italianos, el uso de la violencia en contra de adversarios y miembros inconformes, corromper a las instituciones públicas descentralizadas, mantener el control de las obras públicas adjudicadas, concesiones de auto partes, transporte público, servicios de salud pública y el mercado del empleo, juegan un papel central en el narcotráfico, se dedican al lavado de dinero, tienen una fuerte presencia en los medios políticos sicilianos.

1.6.5 Problemática del Lavado de Dinero

El crecimiento cualitativo y cuantitativo de los procedimientos de lavado de dinero aparece en los años ochenta, a raíz de la aparición de la narco economía, fenómeno que ha sido paralelo al crecimiento de los grupos mafiosos. El lavado de dinero ha dejado en gran parte los métodos tradicionales (casinos, tintorerías, etcétera).

El lavado de dinero ocupa servicios más especializados que les permiten mover mayores cantidades de dinero en el menor tiempo posible, recurriendo principalmente a servicios como el de Banca o el de Bolsa de

Valores, esta sofisticación de los procedimientos ha generado la necesidad de contar con especialistas en áreas como la legal, financiera y contable, entre otras.

Algunos movimientos Bancarios como transferencias internacionales de capital, se realizan desde centros financieros tales como Londres, Zurich, Berna y Ginebra en donde el mercado de divisas es libre y se realizan numerosos movimientos de capitales; o incluso en países denominados como paraísos fiscales, tales como las islas británicas de Jersey, Guernesey y Man, Luxemburgo, Suiza Liechtenstein, Mónaco, Andorra, etcétera, en los que se protege con extremo el secreto Bancario y en nada importa el origen del capital que reciben, permitiendo a su vez reinvertir ese capital en cualquier país a través de transferencias bancarias con apariencia lícita.

Países de Europa central u oriental se caracterizan por sus grandes necesidades de divisas fuertes, una corrupción generalizada y una banca organizada para atraer capitales ilícitos o sospechosos.

1.6.6 Problemática de la Corrupción

A nivel internacional, la corrupción parece ser utilizada de manera cada vez más sistemática, tanto por los grupos financieros e industriales internacionales como por los organismos gubernamentales de algunos países (espionaje, diplomacia, venta de armas, etcétera).

Independientemente del propósito final que la provoca sea lícito o ilícito, la corrupción se ha convertido en el principal factor de crecimiento de la gran criminalidad moderna, ya que aparece como el elemento común a las nuevas formas de criminalidad, tales como infracciones bursátiles, lavado de dinero,

fraudes informáticos, desvío de subvenciones o de ayuda internacionales, desvío de fondos públicos, espionaje industrial o comercial, piratería comercial, tráfico de niños y de órganos humanos, etcétera.

Este continuo crecimiento cualitativo y cuantitativo de la gran criminalidad ha provocado una mezcla de capitales legales e ilícitos en los círculos especulativos que emplean los mismos organismos financieros y las mismas tecnologías.

CAPÍTULO II
LA LEY PENAL

2.1 Concepto de Derecho Penal

El tratadista Fernando Castellanos Tena, define al “Derecho Penal como la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y conservación del orden social.”⁷ Para Luis Jiménez de Asúa el “Derecho Penal es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciéndose el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.”⁸

Por su parte la Lic. Griselda Amuchategui Requena, lo define como “el conjunto normativo perteneciente al Derecho Público interno, que tiene por objeto al delito, al delincuente y a la pena o medida de seguridad, para mantener el orden social mediante el respeto de los bienes jurídicos tutelados por la ley.”⁹

A consideración del que suscribe el Derecho Penal es la rama del derecho Público, referente a los delitos, penas y medidas de seguridad, cuya imposición es facultad única y exclusiva del estado al sujeto activo del delito, y que tiene por objeto preservar el orden social.

⁷ Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 19.

⁸ Luis Jiménez de Asúa, Lecciones de Derecho Penal, p. 2.

⁹ Irma Griselda Amuchategui Requena, Derecho Penal, p. 14.

Existen varias nociones de Derecho Penal y que son las siguientes:

Objetivo: es el conjunto de normas jurídicas emanadas del poder público que establecen los delitos, las penas y medidas de seguridad con que se sanciona a la comisión de cada uno de las conductas delictivas que sanciona.

Subjetivo: es la facultad del Estado de imponer las penas y medidas de seguridad, al merecedor de ella, para reprimir la comisión del delito.

Sustantivo: es la norma concreta y abstracta que describe una conducta penalmente sancionada, así como al delinciente y a la pena o medida de seguridad, y que es aplicable a todos los ciudadanos.

Adjetivo: es el conjunto de normas que establecen y regulan en su totalidad el procedimiento judicial en la aplicación de normas jurídico penales, hasta la ejecución y cumplimiento de las penas y sanciones impuestas que señala la norma sustantiva; viene a ser el Derecho Procesal.

2.2 El Derecho Penal y su Relación con otras Ramas y Disciplinas

El Derecho Penal guarda relación con otras ramas del derecho e incluso con otras ciencias o disciplinas que no tiene relación alguna con el ámbito jurídico, dichas relaciones suelen ser de complementación para la correcta aplicación del Derecho Penal y el cumplimiento de sus fines como en el caso de ciencias auxiliares, o de complementación al mezclarse otras áreas del derecho, por establecer en sus ordenamientos conductas delictivas que solamente pueden ser comprendidas por el Derecho Penal.

2.2.1 El Derecho Penal y otras Ramas del Derecho

Derecho Romano. Es el antecedente del derecho mexicano, ya que incluso diversas instituciones de derecho vigentes en la actualidad, provienen de la Época del Imperio Romano, guardando una relación estrecha entre sí.

Derecho Civil. Es una rama del derecho privado, que establece diversas figuras e instituciones jurídicas, tales como el matrimonio, el parentesco, los alimentos, los contratos, las obligaciones, nociones aplicables en derecho penal y que sirven para determinar la titularidad de un derecho y determinar el interés en la obtención de su reparación mediante la acción penal.

Derecho Mercantil. Es una rama del derecho privado de suma importancia para el derecho penal, toda vez que en sociedades mercantiles y operaciones de comercio, así como títulos de crédito se pueden llegar a cometer delitos, amén de que establecen conductas delictivas en algunas de ellas.

Derecho Procesal. Establece las formalidades con las que se ha de seguir todo procedimiento judicial, al señalar los tiempos que han de transcurrir para cada etapa del procedimiento hasta la sentencia y su ejecución; y son necesarias para poder aplicar la norma sustantiva que sanciona la conducta delictiva.

Derecho Constitucional. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece las garantías que han de cumplirse en todo juicio para poder determinar a un sujeto como responsable de un delito.

Derecho Administrativo. Esta rama del Derecho tiene relación con el Derecho Penal, ya que en su aplicación pueden realizarse conductas sancionadas como delitos, regulados por normas de carácter administrativo.

Derecho Agrario. En materia agraria pueden cometerse delitos, cuya sanción se realiza de conformidad con las normas sustantivas y adjetivas del Derecho Penal, como por ejemplo, el despojo de parcelas, la falsificación de títulos agrarios, etc.

Derecho del Trabajo. Las relaciones obrero-patronales pueden dar origen al surgimiento de diversos delitos, tales como fraude en cuanto al salario, de ascensos y prestaciones.

Derecho Fiscal. En materia impositiva, es frecuente la defraudación fiscal, la evasión delitos que se contemplan en el Código Fiscal de la Federación, y cuya sanción se realiza de conformidad con las normas sustantivas y adjetivas del Derecho Penal.

Derecho Internacional. Existen delitos en materia internacional que contempla el Código Penal Federal. Existiendo asimismo un Derecho Internacional Penal.

2.2.2 El Derecho Penal y otras Ciencias

“Filosofía. En esta área del conocimiento humano, no jurídica existen fundamentos que dan luz al derecho penal, como la valoración de determinados bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, argumentaciones acerca de la pena de muerte, etc. La axiología es esencial para el derecho penal.”¹⁰

¹⁰ Ibid, p. 14.

Sociología. El comportamiento humano puede verse influenciado por factores sociales que permiten entender el porque de la comisión de un delito, así como a determinar el delito y la pena. Con base en la sociología es posible entender y quizá prever el delito y ciertas conductas que sin llegar a ser delictivas, afectan seriamente a la sociedad.

Psicología. Esta ciencia permite analizar, comprender el comportamiento humano para entender el porqué se comete el delito. Dentro del proceso penal el estudio de la personalidad del delincuente se realiza por medio de la psicología, a efecto de determinar el grado de peligrosidad del sujeto activo del delito, estableciendo la tendencia a delinquir de cada sujeto para estimar el grado de peligrosidad de un sujeto; información que es importante para poder individualizar la pena a cada caso específico.

Psiquiatría. La aportación de esta ciencia en materia penal es de valor incalculable pues ayuda al Juez a resolver los problemas derivados de la comisión de delitos por parte de inimputables. Ocasionalmente, el privado de libertad por una sentencia pierde la razón, por lo que se requiere la intervención de especialistas en esta materia.

Medicina Forense. Esta rama de la medicina coadyuva en la investigación de determinados delitos como lesiones, aborto, homicidio, y algunos sexuales principalmente, al poder determinar el grado y magnitud del daño fisiológico ocasionado, a efecto de sancionar debidamente la conducta con el daño causado.

Criminalística. Esta disciplina se basa en conocimientos científicos en diversas áreas o especialidades tales como balística, dactiloscopia, retrato hablado, mecánica de lesiones, y que permiten determinar científicamente la

realización de una conducta, el modo de realización de una lesión, la identificación del sujeto activo del delito, que son necesarios para aplicar la pena y sanción por el delito cometido.

Criminología. Esta ciencia no jurídica, perteneciente al mundo del ser y que estudia la conducta antisocial y el delito, así como el autor de éste, se considera básica en el análisis del derecho penal, pues permite examinar las causas del delito y la personalidad del delincuente. Realiza un enfoque sociológico, antropológico, biológico y psicológico del sujeto y de su comportamiento, así como de su prevención y readaptación.

2.3 Fuentes del Derecho Penal

Las fuentes del Derecho Penal la constituyen todo aquello que da origen a la creación de esta disciplina.

Las fuentes del derecho son reales, formales e históricas.

2.3.1 Reales

Las fuentes reales son la causa que hace necesaria la creación de la norma; son aquellos acontecimientos que propician el surgimiento de una norma jurídica, como serían los acontecimientos sociales y la necesidad de regularlos, así como el aumento en la comisión de un determinado delito y su necesidad de imponerle una mayor penalidad para disminuir su comisión.

2.3.2 Formales

Las fuentes formales son los procesos de creación de las normas jurídicas, dentro de estas fuentes se encuentra la ley, la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho.

La ley es una norma emanada del Poder Público, general, abstracta y permanente, prevista de una sanción. Es una regla obligatoria por imponerla el poder del Estado y su observancia y cumplimiento se hace aún en contra de la voluntad del gobernado y mediante la imposición de sanciones.

Dentro de la costumbre se comprenden los usos, hábitos o prácticas que una colectividad considera como obligatorias, por así considerarlas quienes la realizan, y solo adquirirán fuerza de ley cuando el estado las integre a un cuerpo de leyes, como serían las normas de urbanidad y trato social.

La jurisprudencia de conformidad con el artículo 192 de la Ley de Amparo se integra por la interpretación que hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los Tribunales Colegiados de Circuito respecto de algún precepto legal, y ésta se integra por cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario. También constituye jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados.

De conformidad con la Ley de Amparo la jurisprudencia solo es obligatoria si emana de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o de los Tribunales Colegiados de Circuito, se forma mediante cinco ejecutorias en el mismo sentido y no interrumpidas por una en contrario, y que hayan sido

aprobadas por lo menos por catorce Ministros si se trata de Jurisprudencia del Pleno, o por cuatro Ministros en los casos de Jurisprudencia de Salas, también constituyen Jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y Tribunales Colegiados. La jurisprudencia que establezca cada uno de los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los Tribunales Unitarios, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares y Judiciales del fuero común de los estados y del Distrito Federal y los Tribunales Administrativos y del Trabajo locales o federales. Para que pueda constituir Jurisprudencia las resoluciones de los Tribunales Colegiados es necesario que lo resuelto por ellos se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que sean aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada Tribunal Colegiado.

La doctrina se integra por los estudios jurídicos que realizan los diversos tratadistas. Solo es fuente formal de derecho cuando así lo establece la ley, de lo contrario únicamente sirve como guía para interpretar las normas jurídicas pero sin tener el carácter de obligatorias.

2.3.3 Históricas

Las fuentes históricas son los medios objetivos en los cuales se contienen las normas jurídicas de la antigüedad, como son los libros, documentos, papiros, inscripciones, etc., siempre y cuando contengan el texto de una ley.

El tratadista Fernando Castellanos Tena considera como única fuente de derecho penal a la ley, al señalar “La ley es una norma emanada del poder público, general, abstracta y permanente, provista de una sanción. Es

una regla obligatoria por imponerla el estado y su observancia se asegura mediante sanciones.”¹¹

La costumbre no es fuente del Derecho Penal, nuestra Constitución en su artículo 14, establece la prohibición terminante de imponer pena alguna por simple analogía o mayoría de razón si no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate; luego para la existencia del delito se requiere una ley que lo establezca.

El derecho a castigar del Estado se encuentra limitado por la ley penal, ya que nadie puede ser castigado si la conducta realizada no se encuentra establecida por la ley como delictuosa y cuya realización trae aparejada una sanción, es decir, que no hay delito ni pena sino esta expresamente determinado por la ley. Solo es fuente de derecho penal directa, inmediata y principal la ley.

De conformidad con la garantía de Seguridad Jurídica en los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer pena alguna por simple analogía y aun por mayoría de razón, es decir, que en los juicios de carácter penal no está permitido imponer pena alguna si no hay una norma aplicable al caso concreto o a la conducta desplegada, y que dicha conducta esté señalada por la ley como delito. De esta garantía se desprende una extensa protección a los individuos ya que nadie puede ser juzgado, sino en virtud de una ley que de manera expresa sancione el hecho como delictuoso.

¹¹ Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 76.

2.4 Ámbitos de Validez de La Ley Penal

Los ámbitos de validez de la ley pena penal son:

2.4.1 Material

La aplicación de la norma se puede interpretar desde tres órdenes que son el Fuero Común (local u ordinario), el Federal y el Militar o Castrense.

Común. Dentro de nuestro sistema de República, se da la existencia de estados que son libres y soberanos, con autonomía para dictar sus propias legislaciones, por lo que dentro el orden común se encuentran contemplados todos aquellos delitos que son cometidos dentro del territorio de algún estado y que no se reservan por disposición expresa de la ley a la Federación, dentro de estos últimos se encuentran los cometidos en vías generales de comunicación o en zonas Federales.

Federal. A este ámbito se reservan los delitos que afectan directamente a la Federación, y que se comprenden en el artículo 41 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, así como en todas aquellas leyes de carácter Federal como son la Ley Federal de Derechos de Autor, La Ley Federal del Trabajo, Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y Código Penal Federal, entre otras.

Militar.- Este ámbito es únicamente aplicable a miembros de las Fuerzas Armadas como son el Ejército y Fuerza Aérea; y la Secretaría de Marina, las cuales se rigen por el Código de Justicia Militar, reconociendo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

2.4.2 Temporal

El ámbito temporal se refiere al período de tiempo durante el cual una norma es aplicable, que comienza con su entrada en vigencia, y puede ser al momento de su publicación en el Diario Oficial de la Federación o a partir de la fecha señalada en el propio decreto para su entrada en vigencia, hasta aquella en que se deroga.

De conformidad con el artículo 14 Constitucional, la ley no se puede aplicar en forma retroactiva en perjuicio de persona alguna, dicha retroactividad consiste en que no puede juzgarse con base en ella, actos delictivos cometidos antes de su entrada en vigencia si ésta perjudica al procesado, pero si lo beneficia sí puede ser aplicada.

2.4.3 Especial

Se refiere al espacio dentro del cual tiene aplicación una ley y que es aquél en el cual se crea. Dentro de este ámbito existen algunos principios que son el de Territorialidad, Extraterritorialidad, Personal y Universal.

Territorialidad.- Este principio se refiere a que se aplicará la ley a las personas que habitan en el territorio nacional o estatal dependiendo de la competencia Material.

Extraterritorialidad.- Este principio supone que en algunos casos la ley penal mexicana se puede aplicar fuera del territorio nacional en casos específicos.

Personal. Este principio se refiere a la persona en sí, aspecto que determinará la aplicación de la ley como lo dispone el artículo 4 del Código de Procedimientos Penales.

Real. Este principio se refiere a los bienes jurídicamente tutelados, en atención a ellos se determina el Estado que debe de sancionar al delincuente.

Universal. Según este principio todos los Estados deben de tener el derecho de sancionar al infractor de la ley.

2.5 Formas de Interpretación del Derecho Penal

2.5.1 Por su Origen

La interpretación debe ser doctrinal, auténtica o judicial.

Doctrinal. Se le conoce como interpretación privada, porque la realizan los particulares. También se le denomina Científica cuando la realizan los estudiosos del derecho y los doctrinarios por medio de su obra escrita o en conferencias.

Auténtica. Es la conocida como legislativa y es la que realiza el legislador para precisar o aclarar la significación de la norma jurídica.

Judicial. Es la que realizan los Juzgadores con el fin de aplicar la norma jurídica a casos concretos .

2.5.2 Por el Método

La interpretación puede ser histórica, gramatical, lógica, sistemática o analógica.

Histórica. Consiste en que la norma debe de entenderse en relación con en el momento en que se creó, considerando las circunstancias sociales, políticas, y económicas, así como el entender el porqué y para qué se creó.

Gramatical. Consiste en encontrar el objetivo de la norma analizando lo que la misma dice literalmente, buscando entender las palabras contenidas en la ley.

Lógica. Se le llama también interpretación teleológica o racional, parte de un análisis histórico, consiste en revisar las circunstancias imperantes en el momento en que se creó la norma, conocer la exposición de motivos respectiva, y saber bajo cuáles factores se desenvolvía la sociedad en aquel momento.

“Analógica. Consiste en interpretar la norma, de manera que se recurra a normas o casos similares entre sí, a fin de desentrañar su sentido.”¹²

2.5.3 Por sus Resultados

Declarativa. El texto de la ley coincide con su voluntad o intención de manera clara, es decir, con la verdadera intención del legislador.

¹² Irma Griselda Amuchategui Requena Op. cit., p. 25.

Extensiva. La intención de la ley va más allá de lo establecido en la norma, es decir, que la letra es más restringida que la voluntad del legislador, teniendo por tanto como obligación encontrar el verdadero alcance de la ley.

Restringida. Esta interpretación se refiere a que la ley dice más de lo que el legislador pretendió en la ley.

Progresiva. A esta interpretación se le ha designado también como Evolutiva y consiste en adecuar el texto de ley a las necesidades imperantes.

2.6 Extradición

Hacen necesaria la extradición, la territorialidad de las leyes penales, la no ejecución de las sentencias extranjeras, de una parte; y de otra, la facilidad de comunicaciones, que permite escapar al infractor de la norma.

Esta es la entrega del acusado o condenado, para juzgarle o ejecutar la pena, mediante petición del Estado donde el delito se cometió, hecha por aquel país en que buscó refugio.

“Los autores distinguen dos clases de extradición: activa y pasiva. La primera es la solicitud de un Estado a otro pidiéndole la entrega de un delincuente; la pasiva consiste en la entrega que hace del delincuente el Estado requerido, o sea el acto por el cual un país obsequia la petición del Estado requiriente. Se habla de extradición voluntaria si el delincuente se pone a disposición sin formalidades, del país en donde infringió la ley. Es espontánea cuando el Estado en cuyo territorio se haya el inculcado, ofrece entregarlo a la nación en la cual delinquirió. La extradición de Tránsito consiste

en el permiso dado por un Estado para que pase por su territorio el delincuente, a fin de ser enviado a otro país.”¹³

2.6.1 Artículo 15 Constitucional

La Constitución Política Federal, establece los procedimientos y requisitos que se han de cumplir para llevar a cabo la extradición de un individuo, al señalar en su artículo 15:

ART. 15.- “No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.”¹⁴

La propia constitución establece los casos en que no puede llevarse a cabo la extradición de persona alguna, comprendiéndose dentro de dicha limitante la prohibición de extraditar a reos políticos. “En el derecho Internacional, cuando se trata de un atentado contra un Jefe de Estado y hasta de sus familiares más próximos, pese a que en realidad el caso reviste carácter político, se concede la extradición. Este principio se conoce como Cláusula del Atentado y se inserta en los tratados Internacionales, a fin de que quien atenta contra un Jefe de Estado y sus Familiares, pueda ser extraditado.”¹⁵ Igual limitante tiene la extradición de delincuentes que hayan tenido la condición de esclavos en el país requiriente, esta limitante tiene su

¹³ Fernando Castellanos Tena, Op. cit. p. 102.

¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, p. 7.

¹⁵ Fernando Castellanos Tena, Op. cit. p. 102.

fundamentación en el artículo 1º de nuestra carta Magna, que prohíbe la esclavitud en nuestro país, y concede la libertad a cualquier esclavo extranjero por el solo hecho de ingresar a territorio Mexicano, y que es aplicable en los casos de extradición, atendiendo a que es una garantía individual, básica e inalienable de todo ser humano.

2.6.2 Artículo 119 Constitucional

El artículo 119 de nuestra Carta Magna en su párrafo tercero, respecto a la Extradición señala:

“ART.- 119.- Las extradiciones a petición de Estado Extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, con la Intervención de la Autoridad Judicial en los términos de esta Constitución, los Tratados Internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. En esos casos, el auto del Juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por sesenta días naturales.”¹⁶

De conformidad con el precepto antes transcrito para el otorgamiento de una extradición debe de intervenir el Ejecutivo Federal que lo hará por conducto del Procurador General de la República, la autoridad judicial (Juez de Distrito), y el procedimiento que ha de seguirse para otorgar la extradición deberá de llevarse a cabo en un plazo de sesenta días naturales dentro de los cuales deberá de resolverse sobre la procedencia de la requisitoria de acuerdo con la Ley de Extradición.

¹⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos p. 69.

2.6.3 Ley de Extradición Internacional

La Ley de Extradición Internacional, reglamentaria del artículo 119 de la Constitución Federal, establece los casos, condiciones y requisitos que han de cumplirse para otorgar una petición de extradición hecha por cualquier Estado, cuando exista Tratado Internacional y cuando no lo haya.

El artículo 3º de la Ley de Extradición, señala:

“ARTÍCULO 3.- Las extradiciones que el gobierno mexicano solicite de Estados extranjeros, se regirán por los tratados vigentes y a falta de estos, por los artículos 5, 6, 15 y 16 de esta Ley.”¹⁷

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el Procurador General de la República representará al Ejecutivo Federal en cualquier petición que se haga a México sobre la extradición de cualquier individuo que se encuentre en territorio nacional, que se tramitará ante la autoridad judicial.

La extradición se puede llevar a cabo en los siguientes casos:

a).- Tratándose de delitos dolosos, sean punibles conforme a la ley penal mexicana y a la del Estado solicitante, con pena de prisión cuyo término medio aritmético por lo menos sea de un año; y en el caso de delitos culposos, considerados como graves por la ley, sean punibles, conforme a ambas leyes (país requiriente y nuestro ordenamiento penal), con pena de prisión.

¹⁷ Ley de Extradición Internacional, p. 168.

b).- Que no se encuentre prevista en algún caso de excepción señalada por la ley, tales como que el reclamado haya sido objeto de absolución, indulto o amnistía o cuando hubiere cumplido la condena relativa al delito que motive el pedimento; ausencia de requisitos de procedibilidad como ausencia de querrela de parte legítima, si conforme a la legislación mexicana se exige ese requisito, haya prescripción de la acción penal, el delito haya sido cometido en territorio nacional, se trate de persecución política, el reclamado haya sido esclavo en el país requiriente, o si el delito que funde la petición de extradición sea del fuero militar.

La petición de extradición, debe de contener:

a).- La expresión del delito por el cual se pide la extradición;

b).- La prueba que acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del reclamado. Cuando el individuo haya sido condenado por los Tribunales del Estado solicitante, bastará acompañar copia auténtica de la sentencia ejecutoriada.

c).- Para el caso de que no exista tratado de extradición con el Estado solicitante, deberá de comprometerse el Estado solicitante a que llegado el momento habrá reciprocidad, que el extraditado no será sujeto a proceso por delitos cometidos con anterioridad a la extradición y que no se hayan mencionado en la solicitud de extradición, que el presunto extraditado será sometido a Tribunal competente establecido previamente a la comisión del delito imputado y que se llevará el procedimiento con las formalidades de ley, que será oído en juicio y se le facilitarán los recursos legales, que para el caso de que el delito imputado al reclamado se encuentre sancionado con

pena de muerte se le impondrá una pena inferior y que se informará al gobierno mexicano de la resolución que llegue a dictarse.

d).- La reproducción del texto de los preceptos de la ley del Estado solicitante que definan el delito y determinen la pena, los que se refieran a la prescripción de la acción y de la pena aplicable y la declaración autorizada de su vigencia en la época en que se cometió el delito;

e).- El texto de la orden de aprehensión que se haya librado en contra del reclamado;

f).- Los datos y antecedentes personales del reclamado, que permitan su identificación y siempre que sea posible, los conducentes a su localización.

La extradición en el caso del lavado de dinero u Operaciones con recursos de procedencia ilícita, puede darse cuando el lavador se sustraiga de la acción de la justicia buscando refugio en otro país, de acuerdo con los requisitos antes señalados. El procedimiento de extradición como beneficio para el delincuente trae consigo que el extraditado únicamente puede ser juzgado por el delito por el cual se realizó la extradición, y para el caso de que pretenda ser juzgado por otros delitos debe de solicitársele permiso al país requerido.

2.7 Tentativa

La tentativa comprende todos aquellos actos de ejecución tendientes a la obtención de un resultado material y delictivo; sin embargo la tentativa se sanciona con una penalidad menor a la del delito consumado, ya que

únicamente se pone en peligro el bien jurídicamente tutelado, pero no se daña.

2.7.1 Fase Externa

La fase externa se inicia con los actos preparatorios, cuyo definitivo deslinde se fija al hablar de los límites de la tentativa. Estos actos son aquellos que no constituyen la ejecución del delito proyectado pero que se refieren a este delito en la intención del agente, que tiende así a preparar su ejecución. Los actos de ejecución pueden darse en dos supuestos: en el de tentativa y consumación.

“La tentativa difiere de los actos preparatorios; en estos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos o ilícitos; en cambio en la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo. Penetrar en el núcleo del tipo consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito de que se trate. Tentativa son los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito.”¹⁸

2.7.2 Punibilidad en la Tentativa

“El fundamento de la punición en la tentativa es el principio de efectiva violación de la ley penal, al poner en peligro intereses jurídicamente tutelados. Es de equidad sancionar la tentativa en forma menos enérgica que el delito consumado, pues mientras en la consumación, además de la

¹⁸ Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 287.

violación de la norma penal se lesionan bienes protegidos por el derecho, en la tentativa, si bien igualmente se infringe la norma, solo se ponen en peligro esos bienes. Si el sujeto desiste espontáneamente de su acción criminal, no es punible la tentativa.”¹⁹

El artículo 12 del Código Penal señala:

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

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de proximidad al momento consumativo del delito. Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por si mismos delitos.”²⁰

El precepto antes transcrito establece que la tentativa es punible en aquellos casos en que el resultado material no se obtuvo por causas ajenas a la voluntad del agente, y no será punible cuando el sujeto desista o impida la obtención del resultado material. En la ejecución de la tentativa punible para el efecto de establecer la pena aplicable al caso concreto será necesario que el Juez considere la magnitud del daño que se pudiere haber ocasionado, los actos realizados, los medios empleados, la intervención del sujeto, edad,

¹⁹ Ibid, p. 288.

²⁰ Código Penal Federal, p. 3.

nivel y educación del sujeto, y las condiciones del sujeto al momento de cometer el delito, con la intención de aplicar la pena que establece la ley de acuerdo con las condiciones específicas de cada sujeto a efecto de individualizar la pena en cada caso.

2.7.3 Diversas Formas de Tentativa

Tentativa inacabada o delito frustrado. Se actualiza cuando el sujeto realiza todos los actos tendientes a obtener el resultado propuesto, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. También puede hablarse de tentativa inacabada o delito frustrado, cuando el sujeto realiza todos los actos tendientes a la producción del resultado, pero el sujeto omite alguno o varios y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución.

Si el sujeto suspende voluntariamente la ejecución de algunos de los actos necesarios para obtener el resultado material, hay imposibilidad de punición, ya que el delito no se consuma por causas dependientes de la voluntad del sujeto.

“El profesor Francisco H. Pavón Vasconcelos define el arrepentimiento activo o eficaz, como la actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado.”²¹

No es lo mismo el arrepentimiento activo o eficaz que el post factum. En el primero el autor evita el resultado por lo cual no es punible la tentativa; en el segundo surge el resultado, porque tal arrepentimiento deviene una vez consumado el delito, por lo que no se excluye la punibilidad.

²¹ Breve Ensayo sobre la Tentativa, p. 117.

2.7.4 Delito Imposible

En la tentativa de delito imposible, tampoco se produce el resultado por tratarse de un imposible. En el delito imposible, no se realiza la infracción de la norma por imposibilidad material, por no ser idóneos los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito.

En el delito putativo no hay infracción a la ley penal, ya que la norma no existe, es decir, no se contempla la conducta como delito. En el delito putativo la delictuosidad es imaginaria, el sujeto cree erróneamente que su conducta es punible sin serlo realmente. El delito putativo no puede sancionarse ni como tentativa ni en grado de consumado, ya que no es delito.

CAPÍTULO III

EL DELITO

3.1 Concepto de Delito

El Código Penal Federal señala en su artículo 7, que el “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales,”²² algunos autores como Jiménez de Asúa, señalan que el “delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometió a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.”²³

De la definición del Código Penal sobre el delito se desprenden dos elementos que son la acción y la omisión.

La acción referida por nuestro código penal como acto, se da en aquellos delitos que requieren que el sujeto activo realice un movimiento corporal voluntario, el cual puede o no representarse el resultado posible de ese movimiento. Los delitos de omisión se realizan cuando el sujeto activo se abstiene de realizar una determinada conducta que puede derivar de una exigencia legal, omisión que puede ser intencional o imprudencial.

La definición del tratadista Jiménez de Asúa señala elementos como la tipicidad, antijuridicidad o antijuricidad, culpabilidad e imputabilidad.

²² Código Penal Federal, p. 2.

²³ La ley y el delito, p. 256.

3.2 Conducta y su Ausencia

La conducta ya sea de acción o de omisión es un elemento *sine qua non* para la existencia del delito, a la conducta se le denomina también como acto o acción.

La conducta implica la existencia de una voluntad generadora de ella, que puede ser positiva, de acción o de omisión, que produce un resultado material o formal que tiene consecuencias jurídicas. Para el derecho penal la única conducta sujeta a una pena o sanción es la realizada por el ser humano, no constituyendo una conducta el actuar de los animales por lo cual tampoco constituyen un delito.

Las conductas de Acción, comprenden aquellos movimientos corporales realizados por el ser humano encaminados a un fin específico, conducta que persigue un resultado material. La acción se conforma de la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad o nexo causal.

a).- Voluntad: es el querer por parte del sujeto activo de cometer el delito, que representa un querer consiente.

b).- Actividad: es el movimiento humano encaminado a producir el ilícito.

c).- Resultado: es la consecuencia de la conducta desplegada.

d).- Nexo Causal: son los actos materiales ejecutados por el sujeto activo, que une a la conducta desplegada con el resultado material obtenido, y que se encuentra sancionado por la ley penal.

Las conductas de Omisión son aquellas en las que el sujeto activo deja de cumplir con una obligación, ya sea voluntaria o involuntariamente, que origina un resultado material que transgrede a la norma.

Los delitos de omisión se dividen a su vez en omisión simple u omisión propia y de comisión por omisión o de omisión impropia. La omisión consiste en un no hacer una inactividad, que se considera el aspecto negativo de la acción y que produce un resultado típico y antijurídico.

La omisión propia u omisión simple consiste en un no hacer, no se realiza lo que se debe de hacer, se viola una ley preceptiva, no hay resultado material, sino únicamente formal, se viola lo dispuesto por la norma.

La comisión por omisión u omisión impropia, consiste en un no hacer voluntario imprudencial, pero tiene como consecuencia un resultado material, que viola una ley preceptiva y una prohibitiva.

Dentro de los elementos de la comisión por omisión u omisión impropia encontramos la voluntad, inactividad, resultado material y nexo causal. La voluntad se considera un elemento de los delitos de omisión porque también se da la voluntad de no realizar o de abstenerse de cumplir el deber que la norma impone, la inactividad es la abstención de realizar aquel acto que la norma impone, el resultado material es la consecuencia de la abstención de realizar lo que la norma obliga, y que produce un cambio tangible en el mundo exterior, el nexo causal es el vínculo que une a la omisión realizada de cumplir con un deber con el resultado material producido.

3.2.1 Ausencia de Conducta

La conducta presenta un elemento negativo que es su ausencia y que trae como consecuencia la inexistencia del delito, nuestro Código Penal Federal establece en su artículo 15 Fracción I, como causas de exclusión del delito, las formas de ausencia de conducta al señalar “el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente”.

La ausencia de conducta contempla excluyentes de responsabilidad que son la vis absoluta, vis maior, actos reflejos, sueño y sonambulismo, e Hiponosis.

a).- Vis Absoluta: se actualiza cuando una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien que lo obliga a realizar la conducta penalmente sancionada, actuando este último como un mero instrumento.

b).- Vis Maior: es la fuerza que proviene de la naturaleza y que recae sobre un sujeto al que obliga a cometer un delito.

c).- Actos Reflejos: se comprenden por acto reflejo a aquellos movimientos corporales involuntarios, que tienen como origen una transmisión nerviosa dentro del cuerpo humano que termina en un nervio periférico. Los actos reflejos no pueden ser controlados, no existe la conducta y la voluntad para realizarlo, si es posible controlar ese estímulo nervioso existirá conducta y por tanto la comisión de un delito.

d).- Sueño y Sonambulismo: en el sueño y el sonambulismo está presente la inconciencia, por lo que no existe conducta delictiva al no existir la voluntad.

e).- Hipnosis.- En este estado se presenta un estado de inconciencia o de ausencia de voluntad durante el tiempo que se encuentre bajo ella, por lo que si una persona cometiere un delito en dicho estado, habría ausencia de conducta, al no haber determinado de forma conciente la realización del mismo.

En los supuestos antes referidos, al haber estados de inconciencia que eliminan el querer y la voluntad de un fin o de la obtención de un resultado material, no hay en tal hecho un verdadero acto.

3.3 Tipicidad y Ausencia de Tipicidad

La norma penal contiene una descripción de una conducta humana, cuyo origen deriva del ejercicio legislativo del Estado, y que tiende a proteger o tutelar un interés. La norma es de carácter general y abstracta toda vez que es aplicada a todas las personas por igual y señala supuestos o hechos cuya realización trae aparejada directamente la imposición de una sanción ya sea multa, pena privativa de libertad, etc.

El tipo penal es la descripción de una conducta sancionada por el derecho penal y que se contienen en una norma.

Tipicidad.- La tipicidad es la adecuación de una conducta realizada por un individuo al tipo o norma penal.

Al cometerse una conducta que se encuentra penalmente sancionada en una norma, y al adecuar esa conducta con el contenido de una norma general tanto en sus requisitos objetivos como subjetivos y cuya realización trae aparejada una sanción, se da la tipicidad.

Clasificación de los tipos. Los tipos penales se clasifican de acuerdo a la forma de realización del delito, al lugar en que se cometió, a las características propias de los sujetos ya sea activo o pasivo del delito. Los tipos penales se clasifican de la siguiente manera:

a).- Por la conducta: los delitos implican la existencia de una conducta, la cual puede ser de acción o de omisión.

I. De acción, se da cuando el sujeto incurre en una actividad o hacer voluntario.

II. De omisión, se da cuando la conducta consiste en un no hacer , una inactividad, o sea, un comportamiento negativo, la omisión se divide en omisión simple o propia es un no hacer, no se realiza lo que la ley prohíbe, únicamente se produce un resultado formal por lo que no existe un resultado materia, y de comisión por omisión consiste en un no hacer pero tiene como resultado un daño al bien jurídico, si existe un resultado material.

b).- Por el daño.- Se refiere al grado de afectación que el delito produce en el bien jurídico tutelado, se divide en:

I. Daño o lesión .- Cuando se afecta realmente el bien jurídico tutelado.

II. De peligro.- No se daña el bien jurídico, únicamente se pone en riesgo, y puede ser:

Efectivo: cuando el riesgo es mayor o hay más probabilidad de causar un daño.

Presunto: cuando el riesgo de afectar el bien es menor.

c).- Por el resultado: de acuerdo con el daño real ocasionado al bien jurídicamente tutelado.

I. Formal, de acción o de mera conducta. No se requiere que se produzca un resultado material, pues basta con realizar la conducta para que el delito nazca.

II. Material o de resultado. Se necesita de un resultado material, es decir, un cambio fáctico en el mundo.

d).- Por la intencionalidad.- El grado de intención del sujeto activo determina el grado de la sanción impuesta.

I. Doloso.- Cuando el sujeto con plena intención comete el delito.

II. Culposos.- El delito se comete sin la intención de realizarlo, ocurre por imprudencia, o descuido.

e).- Por su estructura.- Se refiere al tipo de afectación producida al bien tutelado.

I. Simple.- Cuando el delito cometido solo consta de una lesión.

II. Complejo.- Cuando el delito cometido causa diversas afectaciones y da lugar a que surjan otros delitos.

f).- Por el número de sujetos.

I. Unisubjetivo.- Requiera de la intervención de un solo sujeto activo.

II. Plurisubjetivo.- Necesita para su integración de la participación de dos o más sujetos.

f).- Por el número de actos.- Dependiendo del número de actos de la conducta delictiva, puede ser:

I. Unisubsistente.- Requiere para su integración de un solo acto.

II. Plurisubsistente.- Se requiere de la concurrencia de varios actos, cada conducta, por si sola, no constituye un delito.

g).- Por su duración.- De acuerdo al tiempo empleado en la comisión de un delito, este puede ser:

I. Instantáneos. El delito se consuma en el momento en que se realiza la conducta.

II. Instantáneo con efectos permanentes. El delito afecta instantáneamente el bien Jurídico en el momento en que se realiza la conducta, pero sus efectos permanecen durante algún tiempo.

III. Continuado. Se produce mediante la realización de varias conductas, que tienen unidad de resultado.

IV. Permanente.- Después de realizada la conducta ésta se prolonga en el tiempo a voluntad del sujeto activo.

h).- Por su procedibilidad o perseguibilidad. Se refiere a la manera en que los delitos son investigados por la autoridad:

I. De oficio. Requiere la denuncia de hecho de parte de cualquiera que tenga conocimiento del delito, correspondiendo a la autoridad su investigación y persecución.

De Querrela.- Requiere de la querrela de parte ofendida ante la autoridad Ministerial, así como de colaboración en la investigación del delito.

i).- Por la materia. Se refiere al ámbito de investigación de un delito.

I. Común. Corresponde a cada estado la investigación de los delitos locales, establecidos así por las legislaturas locales.

II. Federal. Corresponde a las autoridades federales la investigación de los delitos que tienen calidad de federales, y que fueron determinados así por el Congreso de la Unión.

III. Militar. Solo es aplicable a los miembros del ejercito nacional.

IV. Político. Afecta al estado, tanto por lo que hace a su Organización, como en lo referente a sus representantes.

j).- Por el bien jurídicamente protegido.- En la legislación mexicana existen los delitos contra la libertad sexual, patrimoniales, contra la vida, contra la salud, contra la impartición de justicia, y contra la seguridad nacional, etc.

k).- Por su composición. Se toma en cuenta si la norma requiere elementos objetivos, subjetivos o normativos.

I. Normal. La descripción legal solo contiene elementos objetivos.

II. Anormal. Se integra de elementos objetivos , subjetivos o normativos.

l).- Por su Autonomía O Dependencia:

I. Autónomo. Tiene existencia por sí mismo.

II. Dependiente o subordinado. Su existencia depende de otro tipo.

m).- Por su ordenación metódica, el delito puede ser:

I. Básico o Fundamental. Es el tipo que sirve base para todos aquellas que protegen el mismo bien jurídico, contienen los elementos mínimos de la conducta o conductas que busca sancionarse.

II. Especial. Se deriva del tipo básico, pero además contempla otros elementos que le dan autonomía, pueden conferirle características propias al sujeto activo o pasivo que los hace diferentes. Dichos delitos pueden ser agravados o atenuados.

III. Complementado. Es un tipo básico, adicionado de otros aspectos o circunstancias que modifican su penalidad, de manera que lo agrava o atenúan; además no tiene vida autonoma como el especial.

Ausencia de tipo o Atipicidad.

Una conducta será atípica cuando los actos realizados en ella, no cubren todos los elementos descritos por un tipo penal, es decir, es la ausencia de adecuación de la conducta realizada por un individuo al tipo penal, la cual puede ser por la falta de calidad del sujeto activo o pasivo, del lugar, del número de sujetos ya sea activos o pasivos, cuando hay ausencia de tipicidad no hay delito, ya que no es típica la conducta al no encontrarse debidamente descrita por la norma y por lo cual carece de pena alguna.

La ausencia de tipicidad se da cuando la conducta no se ajusta o no cubre en su totalidad la conducta descrita en la norma, en estos casos no hay delito de conformidad con las fórmulas *nullun crimen sine lege* que equivale a *nullun crimen sine tipo*.

La ausencia de tipo o atipicidad se da también por una falta de descripción de determinada conducta en la ley, también operará la atipicidad cuando una conducta delictiva es adecuada a un tipo penal incorrecto, caso en que por error la conducta será atípica al delito imputado, más no a otro posiblemente sancionado por otra norma.

La ausencia de tipo determina la imposibilidad de perseguir al autor de una conducta antijurídica. Si una conducta no está debidamente descrita en la ley no puede ser aplicada la norma que más se le parezca, ya que se prohíbe la aplicación de la ley por analogía en materia penal, cuando el hecho no está tipificado en la ley o le falta alguno de los caracteres o elementos típicos, no puede ser detenido el agente.

3.4 Antijuricidad y Causas de Justificación

El estado a efecto de procurar y mantener a la sociedad en un orden que permita la convivencia crea normas con diversos objetos, algunas de ellas para proteger y tutelar bienes importantes para la sociedad, otras con el ánimo de regular las relaciones entre los particulares, o del estado con los particulares, como serían las de carácter civil, las normas penales señalan conductas cuya realización afecta alguno o varios de los bienes jurídicamente tutelados, dándose así la antijuricidad al violar la norma penal.

La antijuricidad se divide a su vez en:

“Material.- Es propiamente lo contrario a derecho, por cuanto hace a la afectación genérica hacia la colectividad.”²⁴

“Formal.- Es la violación de una norma emanada del Estado.”²⁵

El delito es contrario a derecho. Esta reprobación jurídica que recae sobre el acto es doble: primero, el acto es formalmente contrario a derecho, en tanto que es trasgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. Segundo, el acto es materialmente antijurídico en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad.

El acto contrario al derecho vulnera los intereses de los particulares, ya sea en lo individual o en lo colectivo, intereses que se protegen por la norma al establecer una sanción o pena por la comisión de una conducta

²⁴ Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 181.

²⁵ Idem.

determinada. La antijuricidad formal es la tipicidad y la antijuricidad material es la antijuricidad propia del acto realizado.

Causas de justificación (Ausencia de antijuricidad)

La tipicidad de una conducta, no deriva directamente en la antijuricidad, ya que la ley contempla causas que eliminan dicha antijuricidad de la conducta, siendo éstas las denominadas causas de justificación o excluyentes de responsabilidad.

Las causas de justificación no le quitan lo antijurídico a la conducta realizada, ya que cuando nace la conducta se encuentra bajo alguna de las causas de justificación.

Las causas de justificación excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, pero que no tienen el carácter de antijurídicos, contrario a derecho, que es el elemento más importante de una conducta delictiva. Las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme al derecho.

Las causas de justificación son:

a) Legítima defensa. La legítima defensa consiste en “repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos cuando exista necesidad racional de la defensa empleada y siempre que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.”²⁶

²⁶ Código Penal Federal, p. 4.

La legítima defensa opera “en 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.”²⁷

La legítima defensa puede referirse a los bienes defendibles o a las personas que se defiendan, dentro de los cuales se encuentra el patrimonio jurídico propio o ajeno, haciendo posible la defensa de toda clase de derechos, vida, integridad corporal, libertad, pudor, honor, patrimonio, siempre y cuando no haya habido provocación dolosa inmediata hecha por el agredido o por la persona a quien se defienda.

Los instrumentos de seguridad que puedan colocar los dueños en los muros o cercas de sus propiedades, o los aparatos de defensa ofensiva situados en las puertas de acceso a sus casas y hasta en las cajas de caudales donde se guardan joyas o dinero, son legítimas, siempre y cuando la acción del aparato protector no comience hasta que llegue el ataque y que la gravedad de las consecuencias no traspase los límites de la necesidad y de la proporción.

La legítima defensa requiere de ciertas condiciones para que se actualice.

La agresión ha de ser:

l).- Real. La legítima defensa es de carácter objetivo, por lo que la agresión debe de ser real y presente, cuando no cumple estos supuestos no hay legítima defensa.

²⁷ Luis Jiménez de Asúa, Lecciones de Derecho Penal, p. 190.

II).- Humana. La defensa cabe contra cualquier agresión de cualquier naturaleza, por lo cual procede contra todo acto realizado por un ser humano, o ataque proveniente de los animales.

III).- Actual e inminente. “La agresión debe de ser actual, la legítima defensa no procede contra ataques pasados, ya que estaríamos ante una venganza. Sin embargo la defensa no solo puede ejercerse contra una agresión actual, sino que también es posible contra una agresión inminente.”²⁸ Repelemos lo actual, pero impedimos lo inminente.

IV).- Ilegítima. La ilegitimidad de la agresión consiste en que el ofendido sea agredido sin derecho o motivo alguno por el agresor. Cuando se repele una agresión, agrediendo a su vez, no podrá provocarse la defensa del primer agresor.

La defensa debe ser tal, necesaria y proporcional.

I).- Ánimo de defensa. Cuando no hay voluntad de agresión nos encontramos con la defensa putativa; cuando no hay ánimo de defensa nos hallamos ante el pretexto de la legítima defensa. Cuando se busca ser agredidos, para de esa forma atacar a ese supuesto agresor, no hay una legítima defensa, ya que la agresión no es inminente, sino que se sabe de su realización, por haberla provocado.

II).- Necesidad de la Defensa. La legítima defensa deriva del derecho a la defensa que cada individuo tiene respecto al patrimonio propio o ajeno, y del cual también existe obligación de defender. La necesidad es un requisito

²⁸ Ibid, p. 194.

de la defensa, no hay defensa legítima sin agresión ilegítima, no habría legítima defensa sin necesidad.

La necesidad ha de juzgarse en orden al bien jurídico y al tipo de delito que se realizaría, ya que no puede sacrificarse un bien superior para defender una menor, sino que debe ser igual o menor para que opere la legítima defensa.

III).- Causa y proporción. La provocación es suficiente cuando ella misma constituye una agresión. La defensa debe ser proporcional a la agresión sufrida, ya que el medio empleado para la defensa no debe exceder de los medios empleados para la agresión, ya que de ser mayor el medio empleado para la defensa, se trataría de un exceso en los medios que invalida la legítima defensa, actualizándose así el delito, pero con la variante de que se impondría la pena de un delito culposo.

IV).- Como ha de ser la defensa de un extraño. La defensa de un tercero o de un extraño el defensor no debe de ser impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo, sino únicamente en la protección de los bienes jurídicos ajenos y cuando exista obligación de defenderlo.

b).- Estado de necesidad. El estado de necesidad consiste en actuar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, respecto de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, sin tener el deber de afrontar , siempre que no exista otro medio menos perjudicial a su alcance, con el cual cause algún daño o afectación a bienes jurídicos ajenos.

Von List señala “el estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos.”²⁹

La diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad, de acuerdo con Carrara es que la primera es una reacción y la segunda una acción. Mientras en la legítima defensa el conflicto surge entre el interés ilegítimo del agresor y el bien jurídicamente protegido del atacado, en el estado de necesidad el conflicto se produce entre dos intereses legítimos, procedentes de dos bienes jurídicos igualmente protegidos por las leyes: en el robo que comete el hambriento se hallan en colisión el derecho de la vida del que roba, y el derecho de propiedad del despojado.

El estado de necesidad se basa en el principio de salvaguardar un bien de mayor valor, este estado se ampara en la teoría de la preponderancia de intereses, por lo cual el bien que se sacrifica debe ser inferior al bien que se salva, solo se da cuando el mal causado no es mayor que el que se trate de evitar; extendiéndose a los bienes y a las personas, debiendo de cumplir con ciertas condiciones que son:

I).- Peligro grave e inminente. El peligro debe ser actual o inminente, sin que exista la obligación o el deber de afrontar dichas situaciones de peligro.

II).- No intencionalidad. El sujeto no debe haberse colocado intencionalmente en ese estado, si fuera intencional no se daría el estado de necesidad.

²⁹ Ibid, p. 200.

III).- Inevitabilidad y proporción. La inevitabilidad se da cuando el necesitado no puede evitar el peligro de otro modo, más que con la realización de esa conducta, y la proporción consiste en que el bien que se salva sea de mayor valor o importancia que el que se afecta, esta causa se basa en la preponderancia de los bienes.

c) Ejercicio de un derecho. “Cuando en ejercicio de una profesión o de un derecho protegido por la norma se ocasiona una afectación al bien jurídicamente tutelado, y el medio empleado es el adecuado, opera esta causa de justificación.”³⁰

d) Cumplimiento de un deber. “El cumplimiento de un deber consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico siempre que exista necesidad racional del medio empleado.”³¹

e) Obediencia jerárquica. Cuando en cumplimiento de una orden dada por un Superior Jerárquico se causa daño, aun cuando su mandato constituya un delito, siempre que no sea posible discernir sobre la licitud de la orden dada al sujeto que la realiza, se estará en presencia de esta eximente. La orden que se de al inferior, deberá tener apariencia de licitud, aunque no lo sea. La relación entre quien ordena y quien obedece debe tener por fuente la ley.

f) Consentimiento del interesado. Cuanto el titular del bien jurídicamente tutelado otorga su consentimiento en forma tácita o expresa, o se pueda concluir que de haber consultado a dicho titular éste hubiera dado su consentimiento, estaremos ante una causa de justificación.

³⁰ Irma Griselda Amuchategui Requena, Derecho Penal, p. 75.

³¹ Ibid, p. 76.

El consentimiento del interesado opera como causa de atipicidad unas veces y otras como causa de justificación. Si el tipo exige que la conducta se realice sin la anuencia del sujeto pasivo, opera una atipicidad; solo cuando el tipo no alude en forma expresa a tal circunstancia, se integra una justificante.

g) Justificación suprallegal. La justificación Supra legal deriva de situaciones verdaderamente legítimas que no se han previsto en la ley, es preciso considerar el dominio total del orden jurídico entre lo justo y lo injusto.

I) “Toda norma jurídica que permita la lesión o riesgo de un bien jurídico, le da el carácter de acto legítimo y excluye la punibilidad.

II) En ausencia de esa norma, es necesario analizar el acto en cuestión, tomando en cuenta:

i) Puede ocurrir que por voluntad de la ley sea deducida la legitimidad del conjunto de disposiciones legales. De esta Interpretación sistemática puede resultar que la persecución de un determinado fin puede considerarse como justificada. De aquí se deduce que si el acto ejecutado es el medio adecuado para la consecución de este fin reconocido como justificado por el legislador, entonces el acto es legítimo, aunque aparentemente revista los caracteres de un acto punible; y

ii) Debe de examinarse la conveniencia del acto en consideración al fin de la convivencia regulada por el estado.”³²

h).- Tratamiento médico quirúrgico. Se comprende toda intervención en el organismo humano con fines de asegurar o restaurar la salud física o

³² Luis Jiménez de Asua, Lecciones de Derecho Penal, p. 207.

psíquica de la persona, o mejorar su aspecto estético con el empleo de medios adecuados.

i).- Violencia y lesiones en los deportes. Cuando en la práctica de un deporte se ocasiona una lesión opera una causa de justificación, siempre y cuando el golpe que produjo la lesión sea permitido en la práctica de ese deporte, pudiendo considerarse que se cuenta incluso con la autorización del sujeto lesionado.

Si en la práctica de un deporte ocurre un fallecimiento no se entra protegida por una causa de justificación, si se causaron sin infringir las reglas y de un modo eventual estaremos ante la presencia del caso fortuito, que es el límite de la culpabilidad.

3.5 Imputabilidad y su Aspecto Negativo

La imputabilidad es la capacidad de entender la consecuencia de los actos que se realizan, y una vez prevista la consecuencia posible, querer el resultado que trasciende al derecho penal.

La imputabilidad tiene como presupuesto la salud mental, para poder actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. El sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable.

“Actiones liberae in causa. Las acciones liberae in causa son aquellas acciones libres en su causa, y se dan cuando el sujeto antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o culposa que lo colocan en un

estado de inconciencia pero no de inimputabilidad y comete un acto delictivo; motivo por el cual se le considera responsable del delito. Este tipo de acciones son libres en su causa pero no determinadas en su efecto.”³³

Inimputabilidad.

La Inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad, consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal.

Causas de inimputabilidad. Son aquellos trastornos o padecimientos mentales que generan una disminución en la capacidad de comprender de un individuo el carácter de su conducta, no pudiendo discernir sobre lo ilícito de una conducta.

Las causas de inimputabilidad son:

a). Trastorno mental.- “Es cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o acto realizado, y por lo cual no pueden conducirse con la comprensión del acto y su carácter. El trastorno puede deberse a la ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno.”³⁴

El artículo 15 del Código Penal Federal, en su fracción II señala como circunstancia excluyente de responsabilidad (ausencia de imputabilidad), “padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o

³³ Irma Griselda Amuchategui Requena, Op. cit. p. 78.

³⁴ Ibid, p. 79.

conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.”³⁵

b). Desarrollo Intelectual retardado.- Es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca incapacidad para entender y querer.

c). Miedo grave.- La fracción VI del artículo 15 del cuerpo legal citado anteriormente, define que el miedo grave “es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar en un inminente y grave peligro, que lo obliga a actuar bajo esa condición psicológica, que le impide determinar concretamente el resultado de su conducta y su licitud.”³⁶ El temor tiene su origen en algo externo; por tanto el temor fundado es causa de inculpabilidad.

d). Minoría de edad.- Nuestra Carta Magna establece la mayoría de edad a los 18 años, indicando que a la mayoría de edad el individuo es apto para entender y comprender el alcance de sus actos, por haber llegado a la madurez psíquica, por lo que la minoría de edad, se considera una causa de inimputabilidad.

El artículo 67 del Código Penal Federal establece que el juez puede imponer la medida de tratamiento que crea necesaria a los inimputables, ya sea en internamiento o en libertad, procurando con ello el mantenimiento del estado de derecho y la protección de los bienes jurídicamente tutelados por la norma.

³⁵ Código Penal Federal, p. 5.

³⁶ Irma Griselda Amuchategui Requena, Derecho Penal, p. 80.

3.6 Culpabilidad y Ausencia de Culpabilidad

La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, y se entiende como tal la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal. Para que una conducta sea delictuosa no basta que sea típica y antijurídica, debe ser además culpable, será culpable cuando el sujeto teniendo el conocimiento de su conducta y del resultado que puede producir, la acepta y la realiza, por lo tanto su actuar es jurídicamente reprochable. “La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el acto.”³⁷

La culpabilidad reviste dos formas que son el dolo y la culpa; la culpa se da cuando el sujeto realiza una conducta en forma inconsciente que produce un resultado ilícito, en este caso habrá culpabilidad por violar un deber de cuidado, cuando pudo haber previsto el resultado y no lo hizo afectándose así alguno de los bienes jurídicamente tutelados por el derecho, y en cuanto al dolo, cuando prevé el resultado de su conducta, lo acepta y lo realiza.

La culpabilidad es el vínculo que une a la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.

Grados o tipos de culpabilidad.- El Código Penal Federal, establece como grados de culpabilidad el dolo y culpa.

a).- Dolo.- El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuricidad del hecho, se le considera también como delito intencional

³⁷ Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 235.

Los elementos del dolo son ético, que consiste en saber que se infringe la norma y volitivo, que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica.

El dolo puede ser: directo, indirecto o eventual, genérico, específico o indeterminado.

I.- Directo. El sujeto activo tiene intención de causar un daño determinado y lo hace, realizando todos los actos proyectados a ese fin, por lo que hay identidad entre la intención y el resultado típico.

II.- Indirecto o eventual.- El sujeto desea obtener un resultado típico, previendo que en la obtención del resultado esperado, puedan producirse otros resultados diferentes al esperado.

III. Genérico.- Es la intención de causar daño o afectación, o sea, la voluntad consciente encaminada a producir el delito, sin determinar claramente cuál es el daño o afectación esperada.

IV. Específico.- Es la intención de causar un daño con una especial voluntad.

V. Indeterminado.- Se realiza cuando existe la intención de cometer una conducta antijurídica, pero sin que en ningún momento se especifique el resultado material y por ende el delito cometido, sin que exista la intención de lesionar un bien específico.

b).- Culpa.- Se da cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, por imprudencia, descuido o falta de precaución. El resultado debe

ser previsible y evitable. A los delitos cometidos por culpa se les denomina culposo o imprudencial.

La culpa es el juicio de reproche que se hace al sujeto activo del delito por el injusto cometido, cuando pudiendo prever el resultado de su conducta no lo hace cometiendo el delito.

Los elementos de la culpa son:

- a) Conducta (acción u omisión).
- b) Carencia de cuidado, cautela o precaución que exigen las leyes.
- c) Resultado previsible y evitable.
- d) Tipificación del resultado, y
- e) Nexo o relación de causalidad.

La culpa se divide en:

Conciente, con previsión o con representación, existe cuando el sujeto activo prevé como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que no se producirá.

Inconsciente, sin previsión o sin representación, se da cuando el sujeto activo no prevé el resultado típico de su conducta, realiza su conducta sin pensar que puede ocurrir ese resultado y sin prever lo previsible y evitable. Dicha culpa puede ser; lata, leve y levísima:

- a) Lata. Hay mayor posibilidad de prever el daño.
- b) Leve. Hay menor posibilidad que en la anterior de prever el daño.
- c) Levísima. La posibilidad de prever el daño es considerablemente menor que en la culpa lata y leve.

Justificación de la punibilidad. La comisión de un delito culposo trae consigo la imposición de una pena ya que el sujeto activo deja de tener la cautela o precaución que debe guardar en su actuar, y esa falta de cuidado origina la lesión de los bienes jurídicamente tutelados y protegidos por el derecho. Solo algunos delitos pueden revestir la forma culposa, mientras que otros solamente pueden ser dolosos o intencionales.

El error puede ser de hecho o de derecho y éste a su vez, ser esencial (vencible e invencible) o accidental (aberratio ictus, aberratio in persona y aberratio delicti).

Error de derecho. El error de derecho ocurre cuando el sujeto tiene una falsa concepción del derecho objetivo o del contenido de la norma, por lo que si comete una conducta antijurídica creyendo que se encuentra protegido por el derecho, será responsable del resultado obtenido, ya que el error de derecho no es causa de inculpabilidad.

Ausencia de culpabilidad (Inculpabilidad).- Es la absolución del sujeto activo del juicio de reproche; “opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad, conocimiento y voluntad.”³⁸

³⁸ Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal p. 257.

La tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuricidad a la oposición objetiva al derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho) presupone ya una valoración de la antijuricidad de la conducta típica, así como de la imputabilidad de la conducta.

Causas de inculpabilidad. “Solamente puede obrar en favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente el delito no se excluyó por medio de una causa de justificación en lo externo, ni en lo interno impidió que se diera una de inimputabilidad.”³⁹

Para que una conducta sea culpable deben de intervenir el conocimiento y la voluntad, por constituir dichos elementos la culpabilidad.

Las causas de inculpabilidad son el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual), y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo), el delito no se integra o se anula al faltar ya sea el conocimiento o la voluntad.

El error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce la verdad pero equivocadamente. Mientras que en el error se tiene una falsa apreciación de la realidad, en la ignorancia hay una falta de conocimiento; en el error se conoce mal; la ignorancia es un desconocimiento de algo, una laguna de nuestro entendimiento, porque no se conoce ni errónea ni certeramente.

El error se divide en error de hecho y error de derecho. El de hecho se divide en esencial y accidental; el accidental abarca: *aberratio ictus*, *aberratio in persona* y *aberratio delicti*; por su parte, el error de derecho no exime de la responsabilidad, porque el equivocado concepto de lo que la ley señala no justifica ni autoriza su violación.

³⁹ Ibid, p. 258.

El error esencial de hecho recae sobre un elemento fáctico, cuyo desconocimiento afecta el elemento intelectual y al dolo, por ser tal elemento requisitos constitutivo del tipo, o bien fundante de una conducta justificada; “el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, o sea que hay desconocimiento de la antijuricidad de su conducta.”⁴⁰

Este error puede ser vencible o invencible, según deje subsistente la culpa o borre desvirtuó la culpabilidad.

Las eximentes putativas son la situaciones en las cuales el sujeto activo con base en un error esencial de hecho cree estar amparado por una causa de justificación o bien que su conducta no es típica (el sujeto cree que es lícita).

“El error accidental recae sobre circunstancias secundarias que impiden que el delito se actualice. El error en el golpe (aberratio ictus) se da cuando el resultado material no es el perseguido, Aberratio In Persona, se da cuando el sujeto ejecuta la conducta sobre una persona diversa a la que se ha propuesto como objeto del delito, Aberratio Delicti se da cuando se ocasiona un suceso diferente al deseado.”⁴¹

El error accidental no destruye al delito ni a la culpabilidad, podría motivar una variación en la pena y el delito según el resultado producido.

Obediencia Jerárquica. Como eximente putativa debe tomarse en cuenta si el subordinado puede cuestionar la licitud de la orden recibida para darle cumplimiento y con base en dicho cuestionamiento, realizar o no la

⁴⁰ Ibid, p. 260.

⁴¹ Ibid, p. 264.

orden recibida, si el inferior puede inspeccionar el acto u orden pero desconoce la ilicitud del mandato, se da la inculpabilidad en virtud de un error esencial de hecho; si el inferior conociendo la ilicitud del mandato puede abstenerse de realizarla y la ejecuta, ante la posibilidad de sufrir graves consecuencias, hay inculpabilidad ante la coacción recibida que le impide determinar libremente su actuación, y, cuando el subordinado no puede cuestionar la orden recibida y legalmente tiene el deber de cumplirla, se da la eximente putativa.

Legítima defensa putativa. Cuando el sujeto actúa al abrigo de esta eximente actúa de manera inculpable, pero antijurídica. El sujeto cree actuar legítimamente.

La legítima putativa se da cuando el sujeto cree fundadamente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la legítima defensa, sin la existencia real de una injusta agresión. La culpabilidad está ausente por la falta del elemento moral, en función del error de hecho. La actuación del agente es antijurídica porque no existe la causa real motivadora de una justificación, es decir, la agresión actual, real e inminente, por lo cual la conducta no es legítima, pero no es culpable ante el error bajo el cual se realizó.

Estado necesario putativo. En este estado el sujeto cree fundadamente por un error, que su conducta la realiza encontrándose en un estado de necesidad que lo lleva a cometer esa conducta antijurídica. Para que se actualice esta eximente putativa es necesario que se compruebe que si hubiera existido tiempo y manera de salir del error, el sujeto lo hubiera intentado. Para que tenga efectos eximentes el error debe de ser esencial,

razonable; de lo contrario no produce efectos eliminatorios de la culpabilidad, deja subsistente el delito en su forma culposa.

La no exigibilidad de otra conducta. Cuando se realiza un hecho penalmente tipificado que obedeciendo a una situación especialísima, hace excusable ese comportamiento, únicamente cuando recae sobre el conocimiento o el elemento volitivo.

El temor fundado. El Código Penal Federal, señala al temor fundado como el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos, propios o ajenos, que llevan al sujeto a actuar antijurídicamente, adquiere el carácter de excluyente cuando no existe otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Estado de necesidad tratándose de bienes de igual valor. Cuando los bienes son de un valor igual o equivalente y hay imposibilidad de conservar ambos, puede sacrificarse uno para salvar el otro, hay inculpabilidad en función de la no exigibilidad de otra conducta.

El estado de necesidad solo integra una causa de justificación (que excluye la antijuricidad), cuando se sacrifica un bien menor para salvar otro de mayor entidad; rige el principio del interés preponderante. Si los intereses en conflicto son iguales no opera una justificante, sino una culpabilidad por no exigibilidad de otra conducta o bien, con el mismo fundamento una excusa absoluta impeditiva de punibilidad.

3.7 Punibilidad

La punibilidad consistente en la imposición de la pena, con motivo de la realización de una conducta, típica, antijurídica y culpable, para que una conducta sea punible es necesario que el sujeto sea acreedor de una pena y la aplicación de la sanción establecida en la ley.

La punibilidad de una conducta, genera el derecho del estado de imponer una sanción al sujeto activo que con su conducta violo una norma jurídica (*ius punendi*). Un acto es punible porque es delito, pero no es delito por ser punible.

Punición: Consiste en determinar la pena exacta por el delito cometido, tomando en cuenta las características propias de la conducta realizada.

Constitucionalmente la ley es igual para todos, es decir, que las penas o sanciones que establezcan las leyes, deben de ser genéricas y por tanto igual para todos, es decir, que a delito igual, pena igual; sin embargo en la imposición de las penas existen elementos que pueden determinar la imposición de una mayor o menor penalidad, teniendo como limite la mínima y la máxima que establezca cada norma, condiciones que son de apreciación por el juzgador, y dentro de las que figuran el grado de participación, las atenuantes, agravantes que concurran en la comisión de la conducta delictiva, y que determinan la individualización de la pena.

El arbitrio judicial del juzgador, y la valoración de los condiciones específicas en las que un sujeto realizó una conducta, determinan la imposición de la pena o sanción que se ha de cumplir de acuerdo con el mínimo y el máximo lo que la norma señala, dentro del cual el juez impondrá

la que considere mas justa, de conformidad con los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal.

Las circunstancias atenuantes son las consideraciones del legislador para que en determinados casos, la pena correspondiente a un delito se pueda disminuir. Las circunstancias agravantes son las consideraciones que el legislador contempla en la ley para modificar una pena y aumentarla.

Ausencia de punibilidad

La ausencia de punibilidad se presenta cuando no obstante de existir una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable, no es punible por disposición legal.

Las causas que anulan la punibilidad se les denomina excusas absolutorias que impiden la aplicación de la pena; constituyen el elemento negativo de la punibilidad. Estas excusas dejan el carácter delictivo de la conducta, pero impiden la aplicación de la pena

Excusas absolutorias

a).- Excusa en razón de la maternidad conciente. El artículo 333 del Código Penal Federal establece que no habrá punibilidad cuando en caso de aborto se cause por imprudencia de la mujer, o cuando el embarazo sea el resultado de una violación.

b).- Excusa en razón de mínima temibilidad. Cuando el sujeto activo del delito, por si solo restituye al sujeto pasivo en el goce del bien del que había

sido privado, o lesionado. Este arrepentimiento demuestra la mínima peligrosidad o temibilidad del agente.

c).- Excusa por graves consecuencias sufridas. Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad.

Cuando ya se haya dictado sentencia en la que se imponga una pena privativa de libertad, ésta podrá ser substituida, siempre y cuando a juicio de peritos se compruebe que es innecesaria dicha pena.

3.8 Cuerpo del delito

Por cuerpo del delito se entiende la acción punible abstractamente descrita en cada infracción; otras como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración, y en otras ocasiones como cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada.

Cuerpo, significa según el Diccionario de la Lengua Española, “lo que tiene extensión limitada y produce impresión en nuestros sentidos por calidades que le son propias. Es decir, sustancia orgánica e inorgánica.”⁴² Delito, por su parte, es “quebrantamiento de la ley.”⁴³ De ahí que se pueda decir que cuerpo del delito es el objeto u objetos que prueban la existencia

⁴² Diccionario de la Lengua Española, p. 479.

⁴³ Ibid, p. 503.

del quebrantamiento de la ley o bien todo objeto que sirve para hacerlo constar. El tipo delictivo concretiza la antijuricidad y el corpus delicti corporiza el delito

Antiguamente al cuerpo del delito se le identificaba con los nombres específicos de corpus instrumentorum (instrumentos o cosas con las cuales se cometió el delito), corpus criminis (la persona o cosa objeto del delito), o corpus probationem (las piezas de convicción, huellas, vestigios, o rastros dejados por el delito).

El cuerpo del delito se compone por los elementos objetivos y subjetivos que exige una norma de carácter abstracto, general e impersonal, como necesarios para que la conducta realizada por un individuo sea legalmente punible; y ante la ausencia de alguno de esos elementos la conducta deja de ser delictiva. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 16 párrafo segundo, establece que una orden de aprehensión solo podrá ser girada cuando exista denuncia o querrela y existan pruebas que acrediten los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el artículo 19 Constitucional por su parte establece que una detención no podrá exceder del plazo de 72 horas, sin que se justifique con auto de formal prisión, siempre y cuando existan datos suficientes que acrediten los elementos del cuerpo del delito.

El artículo 21 Constitucional por su parte establece que el Ministerio Público es el encargado de investigar y perseguir los delitos, así como que puede determinar el no ejercicio y desistimiento de la acción penal. De conformidad con el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el Ministerio Público puede ejercitar la acción penal únicamente

cuando tenga acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, pudiendo hacer uso de cualquier medio de prueba para tenerlos por acreditados, la responsabilidad penal solo se tendrá por comprobada cuando existan elementos que acrediten la participación del indiciado en el delito.

El cuerpo del delito se integra cuando la conducta realizada presenta todos y cada uno de los elementos que el tipo señala, debe acreditarse también el nexo causal que une al resultado típico con la conducta desplegada.

En el ordenamiento jurídico mexicano hábeas delicti es el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, insito en cada delito; o dicho de otra forma, la acción punible abstracta y objetivamente descrita con unidad de sentido en cada infracción.

“La materialidad de la infracción se aplica a los delitos de acción como a los de omisión, a los delicta facti permanentis, a los delicta facti transeuntis. La materialidad del delito se llama cuerpo del delito, corpus delicti.”⁴⁴

El cuerpo del delito no se limita únicamente a la persona o cosa que haya sido objeto del delito, sino que se extiende a todo otro elemento material que en forma mas o menos directa se encuentra vinculado con el hecho o parte física del delito, como las manifestaciones exteriores que tengan una relación mas o menos inmediata con la infracción. La existencia material del hecho punible puede ser comprobada por cualquier medio de prueba de los permitidos por la ley. Los elementos materiales del delito, son los instrumentos usados en la comisión del mismo, las huellas del delito como

⁴⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba, p. 259.

serian los objetos destruidos, y las manifestaciones materiales permanentes constitutivas del delito.

Cuando el cuerpo del delito no se integra no puede hablarse de la existencia del delito, ya que este solo existe, cuando la conducta realizada cumple con todos los requisitos que establece la norma tanto objetivos como subjetivos, que el tipo penal establece, ya que de no reunirse todos los elementos del cuerpo del delito exigidos por una norma legal, estaríamos hablando de que la conducta realizada seria una conducta atípica, y por ende no es delictiva.

Eduardo Herrera y Lasso señala que “el cuerpo del delito es el conjunto de elementos de hecho comprendidos en los términos de ejecución y sus circunstancias, en cuanto cumplen el tipo.”⁴⁵

Guillermo Colín Sánchez, señala “existen infracciones en las que es necesario, al integrar el cuerpo del delito, determinar algunos otros elementos del injusto punible; como los elementos típicos subjetivos y los normativos.”⁴⁶ El cuerpo del delito se da cuando hay tipicidad, según el contenido de cada tipo: de tal manera que, el cuerpo del delito corresponderá según el caso: a lo objetivo; a lo subjetivo y normativo; a lo objetivo, normativo y subjetivo; o bien, a lo objetivo y subjetivo.

Ortolan señala que “toda infracción se compone de dos elementos principales e inseparables, el hecho considerado en si mismo, esto es, la materialidad de la infracción y culpabilidad de la gente, o sea la moralidad del acto.”⁴⁷

⁴⁵ Eduardo Herrera Lasso y Gutiérrez, Garantías Constitucionales en Materia Penal, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 32.

⁴⁶ Guillermo Colín Sánchez, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, p. 379.

⁴⁷ M. Ortolan, Tratado de Derecho Penal, p.57.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido en tesis al Cuerpo del delito, considerándolo como:

Por cuerpo del delito debe de entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal. Quinta Época. Suplemento de 1956. Pag. 178. A.D. 4173/53. Héctor Gonzáles Castillo. 4 votos. Tomo CXXX, pag. 485 A.D. 6337/45. J. Jesús Castañeda Esquivel. Unanimidad de 4 votos. Sexta Época, Segunda Parte: Vol. XIV, pag. 86. A.D. 110/57. Víctor Manuel Gómez Gómez. Unanimidad de 4 votos. Vol. XVII. Pag. 77 A.D. 2677/58. Juan Villagrana Hernández 5 votos. Vol. XLIV. Pag. 77 A.D. 6698/60. José Zamora Mendoza. 5 votos.

El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, contemplado en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, establece como elementos del cuerpo de delito, subjetivos y objetivos, que los establece de la siguiente forma:

Elementos subjetivos, dentro de estos elementos se contemplan tres diversos:

1.- Se establece que el autor o autores de la comisión de este delito deben de tener conocimiento que los recursos o bienes, que tienen en posesión y administración son de procedencia ilícita, es decir, que si el sujeto activo de la conducta ignora el origen ilícito de dichos recursos, no se va a integrar el cuerpo del delito, y estaríamos en la presencia de una conducta atípica.

2.- Asimismo como elementos subjetivo, se establece la calidad de empleado o funcionario de alguna Institución que integra el sistema Financiero, y

que por su posición puedan ayudar en la comisión de este delito, por lo que la ausencia de dicha calidad elimina la tipicidad.

3.- También se establece la calidad de Servidor Publico, encargado de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos.

Se contemplan las calidades de empleado bancario y servidor publico dentro de los elementos subjetivos, por que es una calidad que el tipo penal requiere en el individuo para que en su caso se imponga la pena establecida por la ley, que en estos casos suele aumentar, es decir, que en estos casos específicos sino se tiene la calidad antes señalada, la pena impuesta será únicamente la contemplada en el primer párrafo del articulo 400 Bis del Código Penal Federal. En el caso de los servidores públicos a que hace referencia el precepto en cita, es de considerarse que no a cualquier servidor publico por el simple hecho de serlo, le seria aumentada la pena establecida, como en el caso seria el caso de un verificador administrativo de alguna delegación.

Elementos objetivos, se establece la realización de alguna de las siguientes actividades, adquisición, enajenación, administración, custodia, cambio, deposito, de en garantía, inversión, transportación o transferencia de recursos o bienes, es decir, que estas conductas son actos materiales que se actualizan con su ejecución física y material.

3.9 Estudio del Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita. (Lavado de dinero).

El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita por su realización se Clasifica en:

A).- Por su conducta, generalmente es un delito de acción, toda vez que la figura delictiva contemplada en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, establece como supuestos para la comisión de este delito, la adquisición, enajenación, administración, custodia, cambio, depósito inversión, etc., derechos, recursos o bienes de cualquier naturaleza a sabiendas de que tienen un origen ilícito, es decir, que dichas actividades implican una acción o movimiento voluntario y conciente del sujeto activo del delito, con el ánimo de ocultar el origen ilícito de esos bienes, es decir, que el lavador con unidad de intención realiza todos aquellos actos que son necesarios para lavar o dar apariencia de lícito, a una cantidad de dinero o bienes proveniente de alguna actividad económica ilícita, ya que en algunos crea o utiliza empresas lavadoras, para ingresar en los sistemas financieros, esos ingresos supuestamente lícitos, es decir, realiza una actividad consiente.

Independientemente de lo anterior, en los casos en que las instituciones bancarias omiten realizar los informes establecidos por las leyes o manuales establecidos para identificar operaciones con recursos de procedencia ilícita, o documentar o identificar operaciones sospechosas, estamos en la comisión del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, por simple omisión, siendo responsable la institución bancaria involucrada.

B).- Por el daño, en el lavado de dinero es un delito de peligro, ya que no hay una afectación directa del bien jurídico tutelado, y no se da tal afectación ya que la tenencia de bienes o recursos de origen ilícito, no afectan directamente al bien jurídicamente tutelado, sino hasta que es ocupado para ello, es decir, una vez con la apariencia de lícito.

C).- Por el resultado, las operaciones con recursos de procedencia ilícita, son de resultado formal, ya que para su comisión basta que el sujeto activo del delito se adecue a los supuestos que contempla el artículo 400 Bis del Código Penal, como pueden ser la adquisición, enajenación, administración, custodia, cambio, depósito, inversión, transportación, o transferencia de recursos que se sepa son el producto de una actividad ilícita, es decir, que cada uno de los supuestos antes enunciados, por si solo constituye el delito cometido con recursos de procedencia ilícita, y no necesita de una consecuencia directa de esa actividad realizada.

D).- Por la intención, es un delito doloso, debido a que en la comisión del lavado de dinero, debe de existir necesariamente la intención del sujeto activo o lavador, para ocultar el origen ilícito del dinero, mediante actividades tales como la inversión, transferencia, compra de bienes, que tienden a dar una apariencia de legalidad a los recursos objeto del lavado, para posteriormente ocuparlos en otras actividades, ya que de no existir dicha intención de ocultamiento no se actualizaría la comisión de este delito por requerir el tipo penal del elemento interno, es decir, el conocimiento del origen ilícito de los bienes o recursos, que es el querer y el conocer.

E).- Por su estructura, el lavado de dinero es un delito complejo, ya que el tipo penal contenido en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, contempla como posibilidad el derivarse responsabilidad administrativa y penal para aquellos funcionarios que encargados de perseguir éste y otros delitos, participen de cualquier forma en la comisión de este delito; es decir, no solo afecta por la conducta que en sí mismo envuelve, sino que también afecta a las estructuras de poder encargadas de impartir justicia, al poder producir conductas como ejercicio indebido del Servicio Público, cohecho, tráfico de Influencias, enriquecimiento ilícito, derivando directamente en una afectación del interés público.

F).- Por el número de sujetos, es un delito plurisubjetivo, ya que en la realización de dicha conducta no solo interviene un sujeto, sino que pueden intervenir varios sujetos, considerando que los lavadores de dinero montan grandes estructuras como “empresas fachada” para realizar su actividad, por lo que necesariamente intervienen más de dos sujetos.

En ese contexto es de considerarse que el propio texto del artículo 400 Bis del Código Penal Federal, y dentro de las actividades que se contemplan para la realización o comisión del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, necesariamente se requieren de dos o más sujetos, operaciones dentro de las que se contempla la transferencia, que requiere del sujeto que envía y del que recibe.

G).- Por su duración, es un delito continuado, ya que al ser el objeto preponderante de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, el ocultamiento del origen ilícito de los recursos económicos, dichos recursos por lo general no son una cantidad determinada previamente, sino que es indeterminada y que se genera momento a momento, derivando por ello en que el objetivo del lavador, es ocultar el origen ilícito de la mayor cantidad posible de bienes o recursos, es decir, se realiza en diversos momentos, pero con unidad de intención.

H).- Por su procedibilidad, es tanto un delito de oficio como de querrela; es un delito perseguible de oficio, porque de conformidad con el contenido del artículo 400 Bis del Código Penal, el Ministerio Público tiene la facultad de investigar este tipo de delitos sin necesidad de querrela de parte alguna, dada su importancia y gravedad; asimismo es un delito de querrela, y es de querrela únicamente cuando en el lavado de dinero participen Instituciones

del Sistema Financiero Mexicano, ya sean Instituciones de Crédito, Instituciones de Fianzas y Seguros, y arrendadoras entre otras.

I).- Por la materia o competencia, es de carácter federal, ya que por un lado emana del Congreso de la Unión quien en términos del artículo 73 fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es el único órgano facultado para establecer los delitos en el ámbito federal, y por el otro, su persecución corresponde únicamente a la Procuraduría General de la República al ser un delito de carácter Federal, de conformidad con el artículo 2 fracción V de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

J).- Por el bien jurídicamente tutelado, el delito de lavado de dinero o como se le ha denominado en la legislación mexicana, delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, se encuentra contemplado dentro del Título Vigésimo Tercero del Código Penal Federal, relativo al encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita, lo que nos hace considerar que el bien jurídicamente tutelado al sancionar esta actividad como conducta delictiva, es el de la administración de justicia.

En los motivos del legislador expuestos al crear esta figura delictiva, son la salud pública, los bienes jurídicos como la vida, integridad física y patrimonio, que sean afectados por las actividades del narcotráfico y de la delincuencia organizada, la seguridad de la nación, y la estabilidad y sano desarrollo de la economía nacional. Ahora bien considerando la gravedad e importancia que tiene este delito (lavado de dinero), considero que el bien jurídico tutelado con dicha figura delictiva, es la seguridad nacional, ello es así, ya que al lavarse grandes cantidades de efectivo e ingresarlas a los

mercados financieros, da la posibilidad a los delincuentes de corromper con grandes cantidades de dinero las estructuras de poder de un estado, principalmente para facilitar la realización de sus actividades ilícitas, generadoras del dinero a lavar afectando la estabilidad y credibilidad del estado, por lo que en este caso el bien jurídico debe de ser la Seguridad Nacional.

K).- Por su composición, el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, es un delito anormal, al integrarse de elementos tanto objetivos como subjetivos, encontrándose dentro de los subjetivos, el conocimiento del sujeto activo del delito, de que los bienes o recursos que tenga en su custodia, son de origen ilícito, es decir, que si el sujeto activo no sabe del origen ilícito de los recursos, no se podrá actualizar la comisión de este delito, por constituir un requisito para su procedencia el aspecto interno.

L).- Por su autonomía, de conformidad con el contenido del artículo 400 Bis del Código Penal Federal, no se requiere de la comisión previa de otro delito, sin embargo considero que no hay que pasar por alto, el que la ilicitud de ciertos recursos o bienes, requeriría ser declarada previamente por autoridad competente, para que se actualice la comisión del lavado de dinero, ya que el origen ilícito de los recursos es un elementos del delito, sin el cual necesariamente no puede actualizarse.

CAPÍTULO IV

MARCO JURÍDICO DEL DELITO COMETIDO CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA (LAVADO DE DINERO)

4.1 Las Garantías Individuales como Base del Lavado de Dinero

El marco jurídico del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita se encuentra integrado por aquellos preceptos legales que directa e indirectamente tutelan y contemplan las conductas desplegadas en la realización del delito ya señalado, dichos preceptos normativos emanan de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y son reguladas por leyes secundarias como el Código Penal Federal, Código Federal de Procedimientos Penales, Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita o lavado de dinero, se realiza al abrigo de las propias leyes, es decir, que los lavadores a efecto de poder cumplir con su objetivo (el ocultamiento del origen ilícito de una cantidad de dinero), lo hacen mediante la supuesta realización de negocios o actividades lícitas, como el comercio, actividad protegida y tutelada por el artículo quinto constitucional, que consagra la libertad de realizar el trabajo que más le acomode a cada persona, y cuya realización se considera como generadora de contribuciones fiscales.

Esta libertad de trabajo se encuentra contemplada dentro de un conjunto de garantías individuales, inherentes e inhatas al ser humano, y que por disposición de nuestra Constitución Política son para todos los individuos que se encuentren dentro del territorio nacional; estas garantías individuales son entre otras, la garantía de audiencia, de seguridad jurídica, de libertad de culto, de trabajo, de expresión, de educación, de libertad para elegir el número de hijos, y de protección o seguridad ecológica.

Las garantías individuales se consideran que son el reconocimiento de los derechos básicos y naturales que tiene cada individuo por el hecho de serlo, como lo son la igualdad de un hombre frente a otro y la libertad que únicamente puede ser limitada de acuerdo con la ley, pero que prohíbe la esclavitud. Dichos derechos también se conocen como derechos del hombre, que a través del tiempo y desde el origen de la sociedad moderna el hombre ha buscado proteger, derechos que se consolidaron con la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que postulaban lo siguiente:

- La libertad como un derecho inhato al hombre, es decir, adquirida por el nacimiento,

- El fin de las asociaciones políticas es la conservación de los derechos naturales del hombre, como la libertad, la propiedad y la resistencia de opresión,

- La soberanía emanada de las Naciones,

- La libertad sin mayores límites que los derechos de tercero,

- Solo se pueden prohibir aquellas conductas que dañen a la sociedad,

- La ley emana de la colectividad general,

- La prohibición de privar de la libertad a los individuos, sino en los casos y con las condiciones establecidas por la ley,

- La presunción de inocencia de todo inculpado hasta no demostrar lo contrario,
- La libertad de expresión y de creencias,
- La libertad de imprenta,
- La obligación de contribuir con los gastos del estado,
- La garantía de comprobar en que utiliza el estado los ingresos obtenidos por concepto de contribuciones (impuestos),
- La determinación de la separación de poderes en los estados, como base de una constitución, así como el aseguramiento de los derechos del hombre,
- El derecho a la propiedad, sin mas limites que el interés común.

4.2 Artículo Quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Libertad de Trabajo u Oficio

4.2.1 Antecedentes Históricos de la Libertad de Trabajo

En los inicios de la humanidad y de la sociedad, el trabajo y el derecho a él se consideraba como inhato al hombre, derivado de su propia existencia y como medio para allegarse de los satisfactores necesarios para mantener su supervivencia. Con la evolución de la sociedad, las pugnas entre tribus o grupos humanos, vienen a surgir dos grupos principales el de los hombres libres, formado principalmente por los grupos vencedores, y el de los

esclavos; en el caso de los vencedores, estos se encontraban formados por hombres libres que a su vez se dividían en grupos o castas a los cuales se les concedían otras prerrogativas de acuerdo a su linaje, mientras que los esclavos carecían de todo derecho y se consideraban sujetos de propiedad.

En México, en la época de los aztecas, existía la libertad de trabajo entre los no esclavos, tenían la facultad de dedicarse a la profesión que más les conviniese: milicia, sacerdocio, comercio, etc. Una de las principales actividades entre los aztecas era el comercio, existiendo incluso desde esa época los tianguis donde se realizaba el trueque o intercambio de mercancía. La casta de los comerciantes adquirió tal importancia, que las personas que la desempeñaban formaron una casta especial, la de los pochtecas.

En la época de México colonial, la libertad de trabajo solo existía para los Españoles, aquellos nacidos en España o hijos de padre y madre españoles; a los mestizos se les prohibía ocupar ciertos cargos públicos que eran reservados para españoles, en cuanto a los indios no existía dicha libertad, ya que sus ocupaciones les eran determinadas por la clase dominante, destinándolos a la labranza y servidumbre principalmente.

La Constitución de Apatzingan de 1814, se refirió a la libertad de trabajo bajo las menciones de libertad de comercio, industria, en su artículo 38, que disponía: "Ningún género de cultura, industria o comercio puede ser prohibido a los ciudadanos, excepto los que forman la subsistencia pública."⁴⁸ La Constitución de 1857, estableció de manera expresa la libertad de trabajo como garantía individual específica en su artículo 4º que señalaba "Todo hombre es libre para abrazar la profesión, industria o trabajo que le

⁴⁸ Felipe Tena Ramírez, Leyes Fundamentales de México 1808-2002, p. 35.

acomode, siendo útil y honesto, y para aprovecharse de sus productos. Ni uno ni otro se le podrá impedir, sino por sentencia judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando ofenda los de la sociedad.”⁴⁹

4.2.2 La Libertad de Trabajo

La Constitución actual aprobada en 1917, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de Febrero de 1917, y que entró en vigor en el mismo año, consagra la libertad de trabajo en su artículo 5º al señalar:

“Artículo 5. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

⁴⁹ Ibid, p. 607.

En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquellas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale.

El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.

Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona.”⁵⁰

⁵⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, p. 6.

El artículo constitucional antes transcrito, en su primer párrafo establece como garantía de todo individuo el derecho a dedicarse a cualquier trabajo, profesión o industria que mejor le acomode, estableciendo a su vez como limitante a dicha libertad el que la actividad que realice sea lícita, es decir, que se excluye y deja de protegerse aquellas actividades que sean ilícitas o delictivas, como podría ser el robo, el secuestro, actividades que se encuentran tipificada en los Códigos Penales como actividades delictivas, y cuya comisión se encuentra sancionada con una pena, es decir, que nuestra Carta Magna únicamente garantiza la libertad de trabajo siempre y cuando la actividad sea considerada como lícita por las leyes vigentes. En ese contexto el precepto en comento limita a su vez el ejercicio de la libertad de trabajo cuando afecte los derechos de tercero, y dicha limitante está sujeta a una decisión judicial, dictada como consecuencia de un procedimiento en el que se sigan las formalidades del mismo.

Ahora bien, la libertad de trabajo tiene algunas limitantes, como cuando la ley exige contar con un nivel de preparación profesional o de carácter universitario, cuyo ejercicio implica la obtención de un título y una cédula profesional.

La garantía consagrada en el artículo quinto constitucional establece el derecho de todo individuo a recibir un salario o sueldo por el trabajo realizado, prohibiendo con ello el trabajo sin remuneración y equiparable a la esclavitud, establece de igual manera como limitante a la remuneración los trabajos impuestos por la autoridad judicial, como en el caso de los procedimientos penales en que se aplica la sustitución de la pena por trabajo a favor de la comunidad.

En el caso del tema que nos ocupa, el lavado de dinero o delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, es importante incluir este precepto dentro del marco jurídico, no porque contenga en sí la descripción

de dicha conducta delictiva, sino porque al abrigo de esta garantía de trabajo, y específicamente el primer párrafo del artículo quinto constitucional, operan los lavadores de dinero; ello es así ya que dicho párrafo contempla como una garantía de los individuos la libertad de dedicarse a cualquier industria, comercio o trabajo, que le acomode, siendo lícitos, en este caso los lavadores realizan su fin (ocultamiento del origen ilícito de los dineros), mediante el establecimiento de Sociedades Mercantiles con objetos lícitos tan diversos como sus necesidades lo requieran adoptando alguna de la modalidades establecidas por la Ley General de Sociedades Mercantiles, y que pueden ser tan diversas como almacenes de consumo, restaurantes, constructoras, adquisición de sociedades ya establecidas por los antecedentes comerciales ya existentes, compraventa de bienes inmuebles, especulación, control de algún insumo o producto de primera necesidad, etc; en fin cualquier actividad que les permita lavar sus ingresos, obteniendo los permisos necesarios de las autoridades competentes, tanto en el ámbito federal como local, es decir, que realizan actividades lícitas protegidas constitucionalmente y solo mediante resolución judicial puede prohibirse su realización.

4.3 Artículo Noveno de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Libertad de Asociación)

4.3.1 Antecedentes Históricos de la Libertad de Asociación

Por lo que se refiere a la asociación, desde la edad media existen datos de la existencia de asociaciones algunas con fines mercantiles, o para la defensa de intereses comunes a esas asociaciones, dentro de las que se puede señalar a los masones.

Al expedirse la Constitución de Cádiz en 1812, que nunca cobró vigencia, el pueblo carecía del derecho de reunirse, ni de derecho ni de hecho. El 10 de Septiembre de 1846, Manuel Cresencio Rejón en su calidad de Ministro de Relaciones Interiores y Exteriores, expidió una circular en la que se otorgaba a los mexicanos el derecho de reunirse pacíficamente en algún sitio público para discutir sobre las mejoras que a su juicio deban hacerse en las Instituciones del país, sin necesitar para ello de previo permiso de ningún funcionario. Como garantía Constitucional esta libertad no aparece reconocida sino hasta la Constitución de 1857, adoptándola en sus mismos términos nuestro texto vigente.

4.3.2 La Libertad de Asociación

Nuestra Constitución establece la libertad de asociación en el artículo noveno, que señala:

“Artículo 9. No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada tiene derecho de deliberar.

No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto, a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee.”⁵¹

⁵¹ La Constitución y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación CD.

El artículo noveno constitucional consagra dos garantías diversas, la de asociación y la de reunión.

“Por derecho de asociación se entiende toda potestad que tienen los individuos de reunirse para constituir una entidad o persona moral, con sustantividad propia y distinta de los asociantes, y que tiende a la consecución de determinados objetivos, cuya realización es constante y permanente.”⁵² El ejercicio de la libertad de asociación origina la creación de una entidad con personalidad y sustantividad jurídicas propias y distintas de las que corresponden a cada uno de sus miembros individuales, tales como sociedades o asociaciones, la persecución u obtención de un fin permanente, que debe de ser lícito y perseguido mediante actos pacíficos y de ningún modo violentos o armados.

El derecho de reunión se da cuando varias personas se reúnen con un fin concreto y específico, el cual una vez realizado la reunión deja de existir o de llevarse a cabo.

La constitución de asociaciones tiene su base y fundamento legal en este precepto, y de él parte la formación de Asociaciones Civiles, Sociedades Mercantiles, de acuerdo al Código Civil y la Ley General de Sociedades Mercantiles, así como la creación de sindicatos, entre otros.

Esta libertad de asociación tiene como principal limitante el que el objeto de la asociación sea lícito, es decir, que su objeto sea permitido por las leyes vigentes, estableciendo en este sentido por un lado una limitante a la actividad de los lavadores de dinero, que no es otra que la prohibición de

⁵² Ignacio Burgoa Orihuela, Las Garantías Individuales, p. 399.

asociarse con el objeto de lavar dinero o la de asociarse para cometer algún delito o actividad ilícita, ya que nuestro Código Penal Federal en su artículo 164, sanciona a las asociaciones delictuosas; bajo esta limitante es que los lavadores de dinero instruyen todo un sistema de ingeniería financiera para llevar a cabo su objeto, mediante la instalación de empresas, realización de actos de comercio, es decir, que buscan aparentar que las actividades que realizan les reportan ingresos lícitos, a efecto de colocarse de esa forma bajo la protección de la Constitución para lavar o reciclar sus ingresos mal habidos.

Además de la limitante antes mencionada esta garantía establece otras que son; a) el derecho de asociación solo se reserva para los ciudadanos mexicanos, cuando se trata de asuntos políticos del país, b) la prohibición de participar en reuniones armadas, c) los ministros de culto no podrán participar en reuniones de carácter político, d) la imposibilidad de denominar a una agrupación política con alguna confesión religiosa y, e) la prohibición de realizar reuniones de carácter político en templos.

4.4 Artículo décimo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Garantía de audiencia)

El artículo 14 Constitucional consagra cuatro garantías específicas, que son la de no retroactividad de la ley, la garantía de audiencia, la de legalidad o exacta aplicación de la ley en materia penal, y la de legalidad en materia civil.

4.4.1 Antecedentes Históricos de la Garantía de Audiencia

En México, el principio de irretroactividad de las leyes se consignó desde el Acta Constitutiva de la Federación de 31 de enero de 1824, en cuyo artículo 19 se prohibió toda ley retroactiva, prohibición que reitero la Constitución Federal de 4 de Octubre de ese año en su artículo 148.

En la Constitución Federal de 1857 la garantía de irretroactividad legal se estableció frente al legislador, vedándose la expedición de leyes retroactivas en su artículo 14 Constitucional. Este precepto ordenaba que no se podía expedir ninguna ley retroactiva. La prohibición de expedir leyes retroactivas fue modificada hasta quedar como se encuentra en nuestra Constitución vigente.

Como el antecedente más cercano de la garantía de audiencia, contenida en el segundo párrafo de la Constitución vigente, tenemos el artículo 14 de la Constitución de 1857, que señalaba:

“No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie puede ser Juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho exactamente aplicables al delito de que se trate, por el tribunal que previamente haya establecido la ley.”⁵³

Este precepto procede de los artículos 21 y 26 del proyecto Constitucional, que en síntesis involucraban el mismo sentido y perseguían análoga finalidad, con diversa redacción, a saber:

⁵³ Felipe Tena Ramírez, Leyes Fundamentales de México 1808-2002, p. 608.

“Art. 21: Nadie puede ser despojado de sus propiedades o derechos, ni proscrito, desterrado o confinado, sino por sentencia judicial pronunciada según las formas y bajo las condiciones establecidas en las leyes del país.”⁵⁴

“Art. 26: Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de la propiedad sino en virtud de sentencia dictada por autoridad competente y según las formas expresamente fijadas en la ley y exactamente aplicadas al caso.”⁵⁵

El contenido del precepto en cita se tradujo en la garantía de exacta aplicación de la ley.

4.4.2 La Garantía de Audiencia, Irretroactividad y Exacta Aplicación de la Ley

La Constitución vigente, respecto a la garantía de irretroactividad de la ley, de audiencia y exacta aplicación de la ley, establece lo siguiente:

“Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

⁵⁴ Ibid, p. 557.

⁵⁵ Ibid, p. 558.

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

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”⁵⁶

4.4.2.1 La Irretroactividad de la Ley

El principio de irretroactividad de la ley, consiste en que no se podrá aplicar en forma retroactiva una ley en perjuicio de persona alguna, es decir, que una ley nueva no puede ser aplicable para juzgar hechos realizados en el pasado y antes de la entrada en vigencia de esa nueva ley, ya que las leyes solo surten sus efectos y comienzan a tener aplicación a partir de que son promulgadas, o a partir de la fecha que se establezca en el propio decreto para su entrada en vigencia.

La retroactividad de la ley, sustenta los principios *nullum delictum*, *nullum poena sine lege* y *nullum crime sine lege*, que se traduce en que no hay pena sin ley, es decir, que a ninguna persona puede imponérsele pena o sanción alguna, sino existe ley expresamente aplicable expedida con anterioridad al hecho que determine que a la comisión de una conducta debe aplicársele una pena, así como que no hay delito sin ley, y sustenta estos principios porque al prohibirse la retroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, garantiza constitucionalmente el que no puede sancionarse una conducta cuando al momento de realizarse ésta, no estaba considerada

⁵⁶ La Constitución y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación C.D.

como delictiva por una norma impersonal y abstracta y el que por una ley expedida con posterioridad al hecho se le pueda imponer pena alguna.

La retroactividad de la ley en materia penal únicamente se encuentra prohibida cuando una nueva ley, una reforma o adición a los cuerpos legales, puedan ocasionar perjuicio a los individuos, ya sea por establecer una conducta delictiva que con anterioridad no se encontraba contemplada por la ley y por lo tanto el delito no existía, por aumentar la penalidad o sanción, cambiar la calificativa de delito no grave a grave, no podrá aplicarse para determinar la sanción que ha de ser impuesta, sin embargo si esa nueva ley, reforma o adición beneficia a los intereses del particular, por reducir la penalidad, quitar a una conducta la calidad de delictiva entre otras, en ese caso si puede aplicarse retroactivamente la ley.

En lo que se refiere a la retroactividad de la ley, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado:

Novena Epoca

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VI, Noviembre de 1997

Tesis: P./J. 87/97

Página: 7

IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES. SU DETERMINACIÓN CONFORME A LA TEORÍA DE LOS COMPONENTES DE LA NORMA. Conforme a la

citada teoría, para determinar si una ley cumple con la garantía de irretroactividad prevista en el primer párrafo del artículo 14 constitucional, debe precisarse que toda norma jurídica contiene un supuesto y una consecuencia, de suerte que si aquél se realiza, ésta debe producirse, generándose, así, los derechos y obligaciones correspondientes y, con ello, los destinatarios de la norma están en posibilidad de ejercitar aquellos y cumplir con éstas; sin embargo, el supuesto y la consecuencia no siempre se generan de modo inmediato, pues puede suceder que su realización ocurra fraccionada en el tiempo. Esto acontece, por lo general, cuando el supuesto y la consecuencia son actos complejos, compuestos por diversos actos parciales. De esta forma, para resolver sobre la retroactividad o irretroactividad de una disposición jurídica, es fundamental determinar las hipótesis que pueden presentarse en relación con el tiempo en que se realicen los componentes de la norma jurídica. Al respecto cabe señalar que, generalmente y en principio, pueden darse las siguientes hipótesis: 1. Cuando durante la vigencia de una norma jurídica se actualizan, de modo inmediato, el supuesto y la consecuencia establecidos en ella. En este caso, ninguna disposición legal posterior podrá variar, suprimir o modificar aquél supuesto o esa consecuencia sin violar la garantía de irretroactividad, atento que fue antes de la vigencia de la nueva norma cuando se realizaron los componentes de la norma sustituida. 2. El caso en que la norma jurídica establece un supuesto y varias consecuencias sucesivas. Si dentro de la vigencia de esta norma se actualiza el supuesto y alguna o algunas de las consecuencias, pero no todas, ninguna norma posterior podrá variar los actos ya ejecutados sin ser retroactiva. 3. Cuando la norma jurídica contempla un supuesto complejo, integrado por diversos actos parciales sucesivos y una consecuencia. En este caso, la norma posterior no podrá modificar los actos del supuesto que se haya realizado bajo la vigencia de la norma anterior que

los previó, sin violar la garantía de irretroactividad. Pero en cuanto al resto de los actos componentes del supuesto que no se ejecutaron durante la vigencia de la norma que los previó, si son modificados por una norma posterior, ésta no puede considerarse retroactiva. En esta circunstancia, los actos o supuestos habrán de generarse bajo el imperio de la norma posterior y, consecuentemente, son las disposiciones de ésta las que deben regir su relación, así como la de las consecuencias que a tales supuestos se vinculan.

Amparo en revisión 2013/88. Rolando Bosquez Jasso. 16 de agosto de 1989. Mayoría de diecinueve votos. Ponente: Ulises Schmill Ordóñez. Secretario: Juan Manuel Martínez Martínez.

Amparo en revisión 278/95. Amada Alvarado González y otros. 29 de agosto de 1996. Unanimidad de diez votos. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga María Sánchez Cordero. Secretaria: Norma Lucía Piña Hernández.

Amparo en revisión 337/95. María del Socorro Ceseñas Chapa y otros. 27 de febrero de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho.

Amparo en revisión 211/96. Microelectrónica, S.A. 27 de febrero de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Alfredo López Cruz.

Amparo en revisión 1219/96. Rosa María Gutiérrez Pando. 14 de agosto de 1997. Unanimidad de diez votos. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: Olga María Sánchez Cordero. Secretaria: Norma Lucía Piña Hernández.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el tres de noviembre en curso, aprobó, con el número 87/1997, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a tres de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, CI

Página: 50

RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS BENÉFICA. Si bien es cierto que de acuerdo con el principio de irretroactividad de la ley que consagra el artículo 14 constitucional, la ley sustantiva penal sólo es aplicable durante su vigencia temporal, también lo es que la no retroactividad de la ley tiene una excepción en el principio de aplicación de la ley posterior más benigna, entendiéndose por ésta, la más favorable en sus efectos al delincuente.

Amparo directo 7033/64. Luis Moreno Góngora. 10 de noviembre de 1965. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Sexta Epoca. Segunda Parte.

Volumen XXV, página 97.

Amparo directo 470/58. Ramón Garibay García y coagraviados. 16 de julio de 1959. Cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Volumen XLII, página 227.

Amparo directo 6180/57. José Carrillo López. 15 de febrero de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Volumen IV, página 120.

Amparo directo 400/55. Gumaro Sánchez George y coagraviado. 26 de octubre de 1957. Mayoría de tres votos. Ausente: Carlos Franco Sodi. Disidente y Ponente: Genaro Ruiz de Chávez.

4.4.2.2 Garantía de Audiencia

En cuanto a la garantía de audiencia, el precepto en comento establece que nadie puede ser privado de la vida, libertad, propiedades o posesiones, sin que previamente se cumpla con lo siguiente:

- a).- El juicio previo al acto de privación.
- b).- Que dicho juicio se siga ante los Tribunales previamente establecidos.
- c).- El cumplimiento de las formalidades procesales esenciales.
- d).- La decisión jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio.

A. Con respecto al juicio previo al acto de privación, se refiere directamente a que todo acto de privación para que sea legalmente válido

debe de derivar de un juicio o procedimiento, en el que se le haya dado la opción al particular afectado con el acto privativo para que se defienda o alegue de su derecho, si bien por juicio lo derivamos de un proceso seguido bajo las formas establecidas por la ley, es de establecerse, que dicha resolución no solo puede derivar de un juicio en el sentido formal llevado a cabo ante un juez, sino incluso de un procedimiento administrativo, en el que al igual que ante la autoridad judicial se concluya con una resolución en la que se haya dado la oportunidad al particular de defenderse.

B. La garantía de que el juicio se siga ante los tribunales previamente establecidos, implica que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales para juzgar el delito de que se trate, ni creados con posterioridad al hecho sancionado, es decir, que se debe de seguir ante los ya existentes con anterioridad al hecho o hechos que han de juzgarse, siendo este concepto extensivo hacia las autoridades administrativas, o cualquier otra autoridad ante la que por disposición de ley se pueda ventilar un procedimiento en el que se le de oportunidad a los particulares de alegar de su defensa.

C. El cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento, se refiere a que el procedimiento que se le siga a un particular deberá sujetarse a la ley procesal aplicable al caso o a aquella que establezca las bases sobre las cuales se ha de desarrollar el procedimiento, como sería en el caso de juicios del orden penal y tratándose de delitos del fuero federal, la ley aplicable es el Código Federal de Procedimientos Penales, en la que se estará a los plazos, términos y condiciones establecidas por el mismo para las pruebas y términos, para que se entienda que en el procedimiento se cumplen con las formalidades del mismo.

D. La decisión ajustada a las leyes vigentes con antelación al caso que ocupa, implica que toda resolución debe ser acorde con la ley expedida con anterioridad al hecho sujeto a juicio, no permitiendo la irretroactividad de la ley.

4.4.2.3 La Analogía

El párrafo tercero del artículo 14 constitucional, establece que en materia penal queda prohibido aplicar pena alguna por analogía, y obliga a la exacta aplicación de la ley penal, al prohibir de manera clara y contundente imponer pena alguna que no esté decretada en la ley y que sea exactamente aplicable al delito de que se trate.

Cuando una ley se aplica, a dos o más hechos, relaciones o situaciones exactamente iguales en sustancia, no hay aplicación de analogía.

La aplicación por analogía de una ley se refiere a la posibilidad de juzgar aquellos casos concretos que no están previstos en ella, pero que presentan con la norma y su hipótesis destinadas a dirimir situaciones similares de gran semejanza. Para que se actualice la analogía es necesario que entre la conducta o situación prevista por la norma, no exista una semejanza absoluta, ya que estaríamos en la aplicación de la ley exacta o adecuada al caso concreto; por tanto la similitud debe de ser relativa en cuanto a determinadas modalidades comunes a ambos: causa efectos, formalidades, capacidad de los sujetos, etc. La aplicación analógica de la ley tiene lugar cuando a ésta se atribuyen efectos normativos que no están previstos en ella, pero que tienen con la hipótesis regulada no una semejanza absoluta, sino una similitud relativa, en cuanto a ciertos aspectos

o elementos comunes, como el efecto del acto, calidad de los sujetos o número de ellos.

Von Thur señala “la analogía consiste en hacer aplicación de una norma jurídica a un caso que no hallándose comprendido en la letra de la ley, presenta una afinidad jurídica esencial con aquél que la ley decide.”⁵⁷

La aplicación por analogía de una pena implica la aplicación de una sanción a un hecho que no está considerado como delictivo, pero que tiene semejanza substancial con esa conducta sancionada, aunque tiene discrepancia en cuanto a los accidentes naturales. La aplicación por analogía de una ley conlleva la ausencia de una norma exactamente aplicable al caso concreto, y la imposibilidad jurídica de castigar por no ser delictiva la conducta realizada.

En cuanto a la analogía nuestro máximo tribunal, ha señalado lo siguiente:

Novena Época

Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL TERCER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Abril de 1998

Tesis: III.T. J/20

Página: 649

LEY, APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA. Cuando un caso determinado no esté previsto expresamente en la ley, para dilucidarlo, el juzgador debe atender a los métodos de aplicación, entre ellos el de la analogía, que opera cuando hay una relación entre un caso previsto expresamente en una norma jurídica y otro que no se encuentra comprendido en ella, pero que por la similitud con aquél, permite igual tratamiento jurídico en beneficio de la administración de la justicia.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 143/91. María Margarita Soto Ramos. 21 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Andrés Cruz Martínez. Secretario: Roberto Ruiz Martínez.

Amparo en revisión (improcedencia) 69/91. Luis Alberto Quevedo López. 2 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonsina Berta Navarro Hidalgo. Secretario: Eugenio Isidro Gerardo Partida Sánchez.

Amparo directo 207/92. Gigante, S.A. de C.V. 10 de junio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonsina Berta Navarro Hidalgo. Secretario: Eugenio Isidro Gerardo Partida Sánchez.

Amparo directo 292/97. Blanca Iris Fernández Cruz. 12 de noviembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Gómez Ávila. Secretario: Eugenio Isidro Gerardo Partida Sánchez.

⁵⁷ Ignacio Burgoa Orihuela, Las Garantías Individuales, p. 577.

Queja 3/98. Productos Mexicanos, S.A. de C.V. 11 de marzo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Gómez Ávila. Secretario: Eugenio Isidro Gerardo Partida Sánchez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tercera Parte, Tomo XCIX, página 969, tesis de rubro: "LEYES, APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS (PRUEBA)."

4.4.2.4 La Mayoría de Razón

La creación de una ley, tiene como origen los hechos o acontecimientos sociales presentes en el momento en que esa ley es creada, y cuyo objetivo es prevenirla o sancionarla para evitar su comisión, por lo que ese hecho es el motivo o causa generadora de su creación.

“Por ejemplo, si un determinado hecho abstracto considerado legalmente como delito está penado con una cierta sanción, obedeciendo a la tipificación y la penalidad respectiva a factores sociales, económicos, de peligrosidad, etc., y si el hecho concreto, substancialmente diverso, traduce con mayor gravedad, intensidad o trascendencia tales factores, a este último podría referirse, por una parte, la estimación delictiva prevista en la norma y, por la otra, la penalidad correspondiente, lo cual equivaldría a una aplicación normativa por mayoría de razón.”⁵⁸

En la aplicación por mayoría de razón no existe coincidencia entre la conducta sancionada por la norma y el caso concreto; el hecho abstracto y el concreto son totalmente diferentes en sí mismos, tanto en el elemento

⁵⁸ Ibid, 579.

substancial así como en las notas o calidades accidentales principales; si existe una concordancia esencial entre el antecedente normativo y el caso individual, con discrepancias accidentales, estaríamos en la presencia de una aplicación de la ley por analogía.

4.4.2.5 Exacta Aplicación de la Ley

El párrafo cuarto del precepto en cita, establece como garantía el que en los juicios del orden civil, las sentencias deberán ser conforme a la ley o a su interpretación; esta garantía se hace extensiva no solo a la materia civil, sino a todas aquellas materias como el laboral, administrativo en que la sentencia definitiva debe ser dictada conforme a la letra de la ley, y en caso de que la ley sea omisa en relación a algún supuesto, se deberá de atender a los principios generales del derecho, esto ante la obligación de las autoridades de resolver las controversias que le son planteadas por los particulares, es decir, que no pueden dejar de resolver un conflicto, controversia, etc., porque la ley sea omisa y, se establece constitucionalmente la obligación de aplicar los principios generales del derecho a efecto de no dejar sin resolución cualquier conflicto planteado por los particulares.

La exacta aplicación de la ley en materia penal se refiere a que en esta materia, la ley no puede ser interpretada al momento de resolver un proceso, sino que debe de aplicarse exactamente la ley a efecto de que no sea anticonstitucional.

4.4.2.6 Principios Generales del Derecho

El concepto de principios generales del derecho, ha despertado un gran número de dudas respecto a lo que se considera por tal, variando el concepto

de un doctrinario a otro, sin embargo se ha considerado que los principios generales del derecho deben de ser aquellas verdades jurídicas que se tienen por ciertas siempre, robustece lo antes mencionado la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido los siguientes criterios jurisprudenciales:

Quinta Epoca

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXIX

Página: 418

PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO, APLICACION DE. Por principios generales de derecho se entienden aquellos que pueden desprenderse de otros argumentos legales para casos análogos, y el único caso autorizado por el artículo 14 constitucional en que la controversia respectiva no puede resolverse por la ley.

Amparo civil directo 120/53. Agrícola San Lorenzo, S. De R. L. 20 de enero de 1954. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Rafael Rojina Villegas. Ponente: José Castro Estrada.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: III Segunda Parte-2

Página: 573

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. SU FUNCION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO. Tradicionalmente se ha considerado en el Sistema Jurídico Mexicano que los jueces para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento están sujetos a la observancia no sólo del derecho positivo-legal, sino también de los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico, que se conocen como principios generales del derecho según la expresión recogida por el constituyente en el artículo 14 de la Carta Fundamental.- La operancia de estos principios en toda su extensión -para algunos como fuente de la cual abrevia todas las prescripciones legales, para otros como su orientación a fin- no se ha entendido restringida a los asuntos de orden civil tal y como podría desprenderse de una interpretación estricta del artículo constitucional invocado, sino que aun sin positivización para otros órdenes de negocios, es frecuentemente admitida en la medida en que se les estima como la formulación más general de los valores insitos en la concepción actual del derecho.- Su función desde luego no se agota en la tarea de integración de los vacíos legales; alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho, de allí que los tribunales estén facultados y, en muchos casos, obligados a dictar sus determinaciones teniendo presente, además de la expresión de la ley siempre limitada por su propia generalidad y abstracción, los postulados de los principios generales del derecho, pues éstos son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de la justicia de una comunidad.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 93/89. Federico López Pacheco. 27 de abril de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Adriana Leticia Campuzano Gallegos.

4.5 Artículo Décimo Sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Garantía de legalidad)

4.5.1 Antecedentes de la Garantía de Legalidad

Como antecedentes del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en nuestro país encontramos el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822, que en sus artículos 10, 11, 72 y 73, estableció la inviolabilidad del domicilio, el derecho de todo individuo a no ser detenido, sino bajo los requisitos establecidos por la propia ley, la prohibición de ser detenido por delito que no merezca pena corporal. La Quinta de las leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836, establecía en sus artículos 2, 18, 41, 42, 43 y 44, como derecho de todo individuo el no ser detenido sin mandamiento de Juez competente, salvo en los casos de flagrancia, la obligación de poner a todo inculcado ante la autoridad competente siempre y cuando se haya probado la comisión de un delito así determinado por las leyes.

4.5.2 Garantía de Legalidad

“Artículo 16. Nadie puede 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 sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como

delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

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

En los 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.

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

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

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será 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.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se 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 leyes 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 tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.”⁵⁹

La garantía de legalidad contenida en el artículo 16 constitucional, protege a todo individuo de actos denominados como de molestia dictados por la autoridad, estableciendo de manera clara los requisitos que han de cumplirse en la ejecución de los mismos, y tiene por objeto que ningún gobernado sea molestado en su persona, bienes, posesiones o derechos, sin que medie orden de autoridad competente, que sea legal al cumplir con los requisitos establecidos por la ley.

4.5.2.1 Acto de Molestia

La garantía de legalidad contenida en el artículo 16 antes transcrito y específicamente en los párrafos primero y segundo que son los concernientes en cuanto al tema de la presente investigación, establece:

Nadie puede 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.

⁵⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, p. 7.

El acto de molestia a que se refiere el parrafo en cita, ofrece la protección de los individuos frente a todo acto de molestia, es decir, aquellos que son una mera perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados; dicho acto de molestia no implica una privación de un derecho, sino una perturbación temporal en el goce de los mismos, el cual puede ser administrativo o incluso jurisdiccional.

El acto de molestia que se realice debe de ser ejecutado por la autoridad competente, es decir, aquella autoridad que se encuentre facultada por virtud o mandamiento de la ley para ejecutar dicho acto, como sería en el caso de una orden de cateo, la misma únicamente puede ser expedida por una autoridad judicial y de ningún modo una administrativa, ya que si ésta fuera expedida por una autoridad administrativa se estaría en la presencia de un acto de molestia realizado al abrigo de una orden dada por autoridad incompetente, es decir, que se conculcaría el artículo en comento.

4.5.2.2 Fundamentación y Motivación

En cuanto a la fundamentación de la causa legal del procedimiento, ésta se refiere a que toda orden de la autoridad competente, debe de estar apoyada en un precepto legal o ley exactamente aplicable al caso concreto, es decir, que la ley abstracta prevea la situación concreta para la cual se emite el mandamiento, sin que sea suficiente para cumplir con este requisito que en la orden se señalen diversos preceptos jurídicos, sino que es necesario que dichos preceptos sean exactamente aplicables y acordes al acto que fundamenta, y de no ser así, el acto de autoridad sería inconstitucional.

La motivación legal, implica, la necesaria adecuación que debe hacer la autoridad entre la norma general que da base al acto de molestia y el caso

específico en el que éste va a operar o surtir sus efectos; esta garantía que con la de fundamentación legal, integra la de legalidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha definido en jurisprudencia a la fundamentación y motivación, de la siguiente forma:

Octava Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: IV, Segunda Parte-2, Julio a Diciembre de 1989

Tesis: VI. 2o. J/31

Página: 622

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. Por fundar se entiende que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso, y por motivar que deberán señalarse, claramente las circunstancias especiales, razones o causas inmediatas que se hayan tenido en cuenta para la emisión del acto, siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 194/88. Bufete Industrial Construcciones, S. A. de C. V. 28 de junio de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Revisión fiscal 103/88. Instituto Mexicano del Seguro Social. 18 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Alejandro Esponda Rincón.

Amparo en revisión 333/88. Adilia Romero. 26 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispín Campos Ramírez.

Amparo en revisión 401/88. Enrique Sánchez Pérez. 28 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Vicente Martínez Sánchez.

Amparo en revisión 286/89. Antonio Meza García. 10 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo.

Nota: La presente tesis no fue reiterada como vigente, según los acuerdos a que llegó la Comisión Coordinadora encargada de los trabajos para la publicación del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1995.

4.5.2.3 Legalidad de la Orden de Aprehensión

El segundo párrafo del artículo 16 Constitucional, ya transcrito establece:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

El párrafo antes transcrito establece como garantía el que toda orden de aprehensión sea emitida por una autoridad judicial, que tenga como antecedente una denuncia o querrela de parte ofendida, en la cual se haya determinado la probable responsabilidad, y que como consecuencia de esa determinación el Ministerio Público haya ejercitado la acción penal, solicitando al Juez que conozca del asunto la orden de aprehensión por el delito cometido y actualizado. Asimismo, el párrafo en estudio establece que el delito por el cual se haya girado la orden de aprehensión tenga establecida pena privativa de libertad.

En ese contexto, el delito por el cual se libre orden de aprehensión, debe ser considerado como delito por las leyes vigentes con anterioridad a la realización del hecho de que se trate, siempre y cuando se actualice el cuerpo del delito, es decir, que la conducta desplegada y considerada como delictiva, se ajuste exactamente a un tipo penal contenido en una norma impersonal y abstracta, acreditándose correctamente los elementos objetivos y subjetivos que la norma establezca; así como de las pruebas recabadas se acredite la probable responsabilidad del indiciado.

4.5.2.4 Detención Ordenada por el Ministerio Publico

El párrafo quinto del artículo 16 Constitucional, establece:

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

El párrafo citado con anterioridad establece que el Ministerio Público podrá ordenar la detención de un indiciado, sin mediar orden de aprehensión dictada por una autoridad judicial, solo cuando se trate de delito grave, ya que no basta que el indiciado haya realizado una conducta considerada como delictiva, sino que es necesario, que se trate de un delito grave así considerado por la ley como en el caso del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Dicha detención fundada en caso urgente, debe de encontrarse sustentada en el riesgo fundado o cierto de que el indiciado pretenda ocultarse para librarse de la acción de la justicia y, que no se pueda obtener en ese momento una orden de la autoridad judicial.

En caso urgente, el Ministerio Público debe de fundar su determinación al ordenar la detención, en normas exactamente aplicables al caso en estudio, asimismo tiene que expresar cuáles fueron los indicios que le hicieron creer fundadamente que el indiciado se pretendía sustraer a la acción de la Justicia, para el efecto de que la detención por el ordenada, no sea ilegal y de esa forma deriva en un acto inconstitucional.

4.5.2.5 Plazo de la Detención

El párrafo séptimo del artículo 16 de nuestra Carta Magna, en su texto establece:

“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.”

El párrafo en comento establece como garantía de todo ciudadano que en caso de ser detenido por delito flagrante y puesto a disposición del Ministerio Público, la autoridad ministerial contará con un término de cuarenta y ocho horas, para allegarse de todos los medios de prueba suficientes y necesarios para tener por acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, dichas pruebas pueden ser testigos de hechos, objetos materiales del delito, documentos, etc; el plazo se duplica a noventa y seis horas cuando se trate de delitos que se consideren como cometidos por la delincuencia organizada. De acuerdo con los artículos 9 y 10 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita se considera como delincuencia organizada, por lo que para el caso de que alguna persona sea detenida y puesta a disposición del Ministerio Público competente por este delito, dicha autoridad previa la determinación de que el delito se comete por miembros de la delincuencia organizada, contará con noventa y seis horas para allegarse de todos los medios de prueba suficientes para tener por integrado el cuerpo del delito, y acreditada la probable responsabilidad y ejercitar la acción penal.

4.5.2.6 Cateo

Por cateo se entiende el “Registro y allanamiento de un domicilio particular por la autoridad con el propósito de buscar personas u objetos que están relacionados con la investigación de un delito”⁶⁰, dicha orden de cateo debe de cubrir los siguientes requisitos:

a).- Debe de ser decretado por la autoridad judicial, por lo que cualquier autoridad administrativa incluyendo al Ministerio Público está impedido para ordenarla.

⁶⁰ Diccionario Jurídico Mexicano, p. 433.

b).- Debe de constar por escrito.

c).- Debe expresarse el lugar, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, limitándose el cateo a lo determinado en la propia orden.

d).- Deberá de levantarse 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.

4.6 Artículo Trigésimo Primero Fracción Cuarta de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Garantía de Igualdad Fiscal o Contributiva)

4.6.1 Antecedentes de la Garantía de Igualdad Fiscal o Contributiva

Uno de los primeros antecedentes del artículo 31 Constitucional y de la garantía de igualdad fiscal, en el México Independiente lo constituye la primera de las leyes de la República Mexicana de 1836, en la cual en su artículo 33 establecía como obligación de los mexicanos cooperar a los gastos del Estado con las contribuciones que establezcan las leyes y le comprendan. La Constitución Política de la República Mexicana de 1857, en su artículo 31, establecía también como obligación de los mexicanos el contribuir con los gastos del Estado y Municipio en que resida, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

4.6.2 Garantía de Igualdad Fiscal o Contributiva

“Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos:

I Hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley;

II Asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residan, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadano, diestros en el manejo de las armas, y conoedores de la disciplina militar;

III Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, así como la tranquilidad y el orden interior; y

IV Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.”⁶¹

Este precepto forma parte del marco jurídico del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, porque como ya se hizo notar anteriormente, los lavadores realizan su actividad al abrigo de actividades aparentemente lícitas, actividades que constitucionalmente están permitidas, como son el comercio, el servicio de banca y crédito, entre otros, actividades generadoras de contribuciones fiscales cuyo monto se determina de acuerdo con la actividad realizada, así como con los ingresos obtenidos, las cuales son obligatorias constitucionalmente para todos los individuos y cuyo objeto es contribuir con los gastos del Estado, reciclando y ocultando se esta forma el origen ilícito de los bienes lavados. Las contribuciones permiten lavar dinero o bienes ya que, de acuerdo al monto de los impuestos pagados son los bienes lavados, debido a que entre mayor ingreso

⁶¹ La Constitución y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación. C.D.

reporte un contribuyente mayor es el impuesto o contribución que debe de realizar, y mayor es el capital lavado o transformado.

A la fracción IV del artículo antes transcrito algunos autores la han definido como una garantía individual, que se ha denominado como la garantía de seguridad fiscal o contributiva.

El principio de proporcionalidad y equidad del que habla la fracción en comento, se refiere a que debe haber Justicia en la determinación de las contribuciones que han de pagarse, es decir, que los impuestos deben de ser establecidos en función de la capacidad contributiva de las personas a quienes va dirigido; la característica de proporcionalidad y equidad se refiere a que los impuestos sean establecidos atendiendo a la capacidad económica del contribuyente.

A propósito de la proporcionalidad de los impuestos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo el siguiente criterio:

Impuestos. Los impuestos no son tributos establecidos en virtud de un derecho superior, sino una contribución que se basa en las cargas de la vida social. Los impuestos deben de ser proporcionales a las facultades de los contribuyentes, a las rentas o al capital, según el sistema que se adopte. Si se trata de impuestos indirectos, el hecho que los causa es lo que la ley toma en cuenta, y la contribución debe estar en proporción de la importancia del acto.

Al establecer nuestra Carta Magna, como obligación de todo individuo el cooperar con los gastos del Estado; que solo se genera mediante la realización de actividades que la propia ley establece o permite al no

prohibirlas expresamente en las diversas leyes vigentes, como sería el Código de Comercio, al definir quienes son comerciantes, la Ley de Instituciones de Crédito, al establecer y regular el servicio de banca y crédito como una actividad permitida por el Estado; cuando en el Código Penal se establece una conducta general, abstracta y que su comisión va aparejada de una sanción, dicha conducta se encuentra prohibida por ser delictiva, y al tener dicho carácter aunque pueda producir un ingreso al sujeto activo de ella, el mismo no puede generar carga tributaria alguna, ya que está prohibida por la ley y tener un origen ilícito.

Dado que el lavado de dinero o delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, tiene como fin único y último, el legalizar o legitimar una cantidad indeterminada de bienes o dinero, a efecto de gozar, reutilizar y reinvertir dicho dinero en otro tipo de actividades lícitas y principalmente fomentar y continuar con las operaciones generadoras de esos bienes ilícitos sujetos a lavado, dicha legalización tiene que realizarse a través de la aparente o supuesta realización de actividades permitidas por el Estado que son generadoras de impuestos de acuerdo con el precepto antes transcrito, actividades por las cuales se pagará una contribución o impuesto que legitimará el dinero mal habido, al ser proporcional el impuesto pagado con el dinero lavado, es decir, entre más impuesto se pague, más será el dinero lavado o legitimado, lo anterior acontece ya que si el lavador reporta una operación que deja una supuesta ganancia de 10%, sobre el total de la operación aparentemente realizada, el impuesto se genera sobre dicho porcentaje, si en vez de reportar una operación, reporta 100, el impuesto si bien es el mismo por cada operación, al ser más el número de operaciones realizadas, mayor es el monto de la supuesta ganancia y de dinero lavado, al legitimar también de ese modo el dinero invertido en la mercancía o producto

negociado; por lo anterior es que los lavadores usan y se escudan en esta garantía constitucional para realizar el lavado de dinero que es su objeto.

4.7 Artículo 115-Bis del Código Fiscal de la Federación

Con fecha 28 de Diciembre de 1989, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto que establece, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales, este Decreto adicionó en el Código Fiscal de la Federación el artículo 115-Bis, el cual contemplaba el delito de lavado, blanqueo o reciclaje de bienes de origen ilícito, artículo que entró en vigencia el 1º de Enero de 1990, y que fue derogado el 13 de Mayo de 1996, el cual se encontraba dentro del Capítulo de los Delitos Fiscales, el cual señala:

“ARTICULO 115 BIS. Se sancionará con pena de tres a nueve años de prisión, a quien a sabiendas de que una suma de dinero o bienes de cualquier naturaleza provienen o representan el producto de alguna actividad ilícita:

I. Realice una 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 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;
- c) Alentar alguna actividad ilícita; o

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 en el 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 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.

Las mismas penas se impondrán a quien realice cualquiera de los actos a que se refieren las dos fracciones anteriores que tengan por objeto la suma de dinero o los bienes señalados por las mismas con conocimiento de su origen ilícito, cuando éstos 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; o

b) Alentar alguna actividad ilícita.

Igual sanción se impondrá a los empleados y funcionarios de las instituciones que integran el sistema financiero, que con el propósito de prestar auxilio o cooperación para evitar la identificación o localización de las

sumas de dinero o bienes a que se refiere este artículo, no cumplan con la obligación de recabar o falseen la información sobre la identificación del cliente y la correspondiente operación, conforme a lo previsto en las disposiciones que regulan el sistema financiero.

Para los efectos de este artículo, se entiende por sistema financiero el comprendido 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, intermediarios bursátiles, casas de cambio y cualquier otro intermediario financiero o cambiario.”⁶²

Cuando entró en vigencia el artículo 115 Bis antes transcrito, no se consideraba como delito grave el reciclaje de bienes o lavado de dinero, por lo que el sujeto activo del delito podía obtener su libertad sin mayor requisito que el garantizar la reparación del daño, la sanción económica y su libertad; por lo que mientras se seguían los procesos por este delito el indiciado podía gozar de su libertad, no obstante que el delito imputado afectaba un bien jurídicamente tutelado de suma importancia como lo es la seguridad nacional. A partir del día 1 de enero de 1994, y de acuerdo a la modificación hecha al artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, este delito pasa a tener la calificativa de delito grave, que impide que el indiciado por este tipo de delitos goce de su libertad mientras se lleva a cabo el procedimiento penal, en el cual se determinara su responsabilidad penal o su absolución.

En su gran mayoría los procesos instruidos por reciclaje de capitales o bienes (lavado de dinero), o bien por el delito de operaciones con recursos de

⁶² Código Fiscal de la Federación, Sistema Tributario Federal, p. 55.

procedencia ilícita bajo el abrigo del artículo 115 Bis del Código Fiscal de la Federación, concluían con sentencias absolutorias para los procesados por deficiencias en su integración y en la falta de comprobación de los elementos del tipo, la mayoría de las veces se dictaba sentencia en estas causas donde se absolvía al procesado por no haberse acreditado el nexo causal, o por no haberse acreditado el elemento subjetivo del delito, que no es otro que la comprobación de que los bienes objeto de lavado señalados por el Ministerio Público Federal, como de procedencia ilícita tuvieran dicho origen, elemento que en el mayor número de las ocasiones sirvió para absolver a los procesados.

Sancionado el delito de lavado de dinero o de operaciones con recursos de procedencia ilícita dentro del Código Fiscal Federal, implicaba que su detección e investigación estaba encomendado únicamente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien una vez que encontraba elementos que hacían creer la existencia de lavado de capitales por parte de algún contribuyente, tenía que realizar la querrela o denuncia por este delito ante la autoridad ministerial, situación por la que no se iniciaron un gran número de procesos penales por este delito que aunque el Código Fiscal, no lo define como lavado de dinero, la Organización de Estados Americanos por sus siglas OEA la define de esta forma.

El artículo 115-Bis del Código Fiscal, que tipificaba el delito de lavado de dinero u operaciones con recursos de procedencia ilícita, hasta antes de la reforma de 13 de Mayo de 1996, establecía en su fracción I inciso a), así como en la fracción II del inciso a), evadir de cualquier manera el pago de créditos fiscales, es decir, que establecía como lavado de dinero u operación con recursos de procedencia ilícita, la evasión del pago de impuestos aunque

estos se generaran de alguna actividad lícita, según esta disposición todo evasor de impuestos era lavador de bienes, conducta que de ningún modo podía haber dado motivo para considerar a un contribuyente que realiza una actividad lícita, como lavador de dinero, ya que el ingreso sobre el cual evadía el pago del impuesto no tenía un origen ilícito, requisito esencial para ubicarse como sujeto activo de este delito.

Al considerar la evasión fiscal como lavado de dinero se permitía a la autoridad Hacendaría, iniciar querellas en contra de los contribuyentes por este delito (lavado de dinero), cuando la conducta desplegada se encuadraba más bien en el de la evasión fiscal ya que el dinero no tenía un origen ilícito, requisito para la actualización de esta figura delictiva, con el ánimo de obligar a los contribuyentes a realizar el pago de los impuestos omitidos. El lavado de dinero de ningún modo podía derivar de la evasión del pago de impuestos, ya que el objeto principal de todo lavador de bienes o capitales es el legalizar una suma de dinero determinada o indeterminada la cual es producto de actividades ilícitas, legalización que se da mediante la realización aparente de una actividad lícita que es la que aparentemente genera ese dinero reciclado, es decir, que entre más ingresos se obtengan por esa supuesta actividad lícita con su consecuente carga impositiva o contributiva, mayor será el importe del capital o bienes reciclados o lavados, por lo que la evasión fiscal no guardaba relación alguna con el delito que se pretendía detener, ya que al buscar los lavadores legalizar la mayor cantidad posible de dinero, el objetivo de ellos no será de ningún modo que su aparente actividad pueda ser suspendida por evasión fiscal, sino realizarla de la manera más segura para reciclar la mayor cantidad posible de capitales o bienes; por lo que no puede considerarse de modo alguno que el evadir el pago de créditos fiscales origine que el dinero sobre el cual no se pagó el

impuesto sea ilícito, sino únicamente que un contribuyente recibió una ganancia con perjuicio para el Fisco Federal, siendo que la hipótesis que se señaló en el artículo 115 del Código Fiscal tipifica el delito de evasión fiscal o de defraudación fiscal, y no el de lavado de dinero que es el delito que se busca sancionar.

En la misma situación se encontraba el inciso d), de la fracción I y II del precepto ya mencionado, ya que establecía la omisión del informe requerido por la autoridad de la operación realizada, no constituye lavado de dinero en sí mismo, sino otros delitos fiscales, siendo necesario recordar que la forma en que se legaliza el dinero obtenido de actividades ilícitas es por medio de empresas pantalla, que reportan gran volumen de operaciones comerciales y pagan un impuesto por las supuestas ganancias obtenidas de esa actividad que pueden o no realizar.

Dentro de los requisitos de procedibilidad de este delito estaba el hecho de que debía reunir tres condiciones que son:

a).- Que sea el producto de una actividad ilícita, es decir, que el dinero que pretendía lavarse fuese identificado por la autoridad como proveniente de actividades ilícitas. Por este motivo fue muy difícil que se llevaran procesos penales por este delito y que el procesado saliera condenado, ya que aunque se determinó en algunas ocasiones que las empresas en que se detectó este movimiento reportaban operaciones que no estaban realizando y por las cuales reportaban un ingreso, fue difícil sino es que imposible para el Ministerio Público el determinar e identificar que el dinero provenía de actividades ilícitas, ya que les era imposible probar de una manera clara y precisa que produjera convicción en el Juzgador de que el dinero reportado y

que se había determinado como objeto de lavado no lo generaba la empresa, sino que únicamente se reciclaba al ser producto de actividades delictivas.

b).- Se sanciona a toda persona que a sabiendas, es decir, con el pleno conocimiento del origen ilícito del dinero, realice cualquier actividad de ocultación, transferencia o de cualquier maniobra tendiente a legalizar el ingreso y origen del capital, otro problema para la autoridad era demostrar que el personal de Instituciones del Sistema Financiero tuviera conocimiento de que el origen del dinero era ilícito debido a que no había una gran regulación de estas instituciones.

c).- Que ese resultado sea cometido por medio de una operación financiera dentro o fuera del país, comprendiéndose dentro de operación financiera aquellas operaciones realizadas por casas de bolsa, bancos, así como establecimiento de empresas o giros comerciales que reporten alguna actividad que supuestamente realizan y la cual les reporta un ingreso aparentemente lícito.

En los casos mencionados con anterioridad resultaba difícil para el Ministerio Público comprobar que los ingresos reportados por los contribuyentes provenían de actividades ilícitas, ya que para lavar el dinero, se ponen en funcionamiento empresas que realizan actividades económicas y que aparentan realizar más de las que tienen o realizan, quienes a su vez son contribuyentes, situación por la cual fue casi imposible detectar por este delito las cantidades de dinero que se pretendían lavar, siendo en este caso más confiable para la detección de este delito las auditorías externas que practica la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a través de sus

facultades de comprobación establecidas en el propio Código Fiscal de la Federación.

Cabe señalar que no siempre la evasión fiscal se da por dinero producto de actividades ilícitas, un ejemplo de esto sería lo que se ha denominado como economía subterránea, dentro de la que se comprenden al comercio informal, vendedores ambulantes, etc., los cuales en un gran número no pagan impuestos por dichas actividades que son lícitas, no obstante de no pagar los impuestos que generan sus actividades, por lo cual no se da el lavado de dinero sino más bien la Evasión Fiscal al no cumplir con el pago del Crédito Fiscal generado.

El lavado de dinero no tiene su origen únicamente en el narcotráfico, sino en todas aquellas actividades delictivas que puedan generar un ingreso suficientemente alto que haga necesario el esconder o disfrazar su origen, como sería el caso de los secuestros, el robo, el tráfico de blancas, la prostitución, etc., actividades que producen altos ingresos o ganancias para los sujetos activos de estos delitos.

4.8 Reforma al Código Fiscal de la Federación y Código Penal Federal

Dada la imposibilidad para la persecución del delito de lavado de dinero y la necesidad de que se reprima esta actividad, entra en vigor la reforma al Código Fiscal de la Federación, por la cual se deroga el artículo 115-Bis del Código Fiscal, que señalaba el lavado de dinero en esta Ley y se traslada al Código Penal Federal, a efecto de que el Ministerio Público Federal pudiera actuar de oficio en la persecución de este delito.

Con la publicación del Decreto del Diario Oficial de la Federación del 13 de Mayo de 1996, en el que se reforman, adicionan y derogan diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal, del Código Fiscal de la Federación, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, se derogó el artículo 115 Bis del Código Fiscal de la Federación, dicha derogación tuvo dos limitantes, contenidas en el segundo y tercero transitorios de dicho decreto que señalan:

“SEGUNDO.- El artículo 115 bis del Código Fiscal de la Federación, vigente hasta la entrada en vigor del presente decreto, seguirá aplicándose por los hechos realizados durante su vigencia. Asimismo dicho precepto seguirá aplicándose a las personas procesadas o sentenciadas por los delitos previstos y sancionados por el mencionado artículo.

Para proceder penalmente en los casos a que se refiere el artículo 115 bis del Código Fiscal de la Federación, en los términos del párrafo anterior, se seguirá requiriendo la querrela de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Para efectos de la aplicación de las penas respectivas, regirá lo dispuesto en el artículo 56 del Código Penal citado, sin que ello implique la extinción de los tipos penales.”⁶³

“TERCERO.- Para los supuestos, sujetos y efectos del artículo anterior, los delitos previstos en el artículo 115-bis del Código Fiscal de la Federación, se seguirán calificando como graves, en los términos del artículo 194 del

⁶³ Diario Oficial de la Federación, Organo del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Federal de Procedimientos Penales, para todos los efectos legales procedentes.”⁶⁴

De conformidad con los transitorios antes transcritos, para el efecto de determinar la aplicación del artículo 115 Bis del Código Fiscal de la Federación o del artículo 400 Bis del Código Penal Federal, es necesario determinar el momento de la realización de la conducta delictiva, para el efecto de determinar la aplicación de uno u otro precepto, y evitar de esa forma violar el artículo 14 Constitucional, que tutela la no retroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, por lo que el artículo 115 en comento quedo vigente en su aplicación sólo para aquellas conductas realizadas durante su vigencia, así como para los sujetos a proceso o sentenciados por dicho delito.

4.8.1 Decreto por el cual se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal, Código Fiscal de la Federación, publicado en el Diario Oficial dela Federación el 13 de Mayo de 1996

En el artículo primero se reforma el artículo 400 bis del Código Penal, para quedar dentro del Título Vigésimo Tercero, encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita, dentro del capítulo II, del Código Penal.

En este decreto en el segundo transitorio se señala: “Para proceder penalmente en los casos a que se refiere el artículo 115 bis del Código Fiscal de la Federación, en los términos del párrafo anterior se seguirá requiriendo la querrela de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.”⁶⁵

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Idem.

La recomendación para esta reforma fue dada por la Convención de Viena, a efecto de que el delito se regulara en el Código Penal y, dejará de ser necesaria la querrela de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, es decir, pasa a ser un delito que el Ministerio Público tiene que perseguir de oficio debido a su importancia.

Dado que el Ministerio Público está relacionado directamente con la investigación del narcotráfico y actividades ilícitas, es quien puede tener conocimiento más fácilmente de este delito.

Es necesario tomar en cuenta el espíritu del legislador al realizar estas reformas, y que es el siguiente:

“28.- De mayor exactitud que “Encubrimiento y Lavado de Dinero“ se estimó como denominación del Título Vigésimo tercero la de “Encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita”, en cuyo primer artículo relativo a las circunstancias del artículo 52 que debe tomar en cuenta el juez para determinar las sanciones, se cambia la palabra “consigna” por “señala”, en virtud de que la primera tiene un significado específico en materia penal y se trata en este caso de hacer una simple remisión a otro artículo del ordenamiento de que se trata”.

“29.- El análisis y la fundamentación teórica de las modificaciones realizadas por la Colegisladora al texto identificado con el numeral 400 Bis relativo a las operaciones con recursos de procedencia ilícita que se incorporan a la legislación penal, manifiestan la seriedad con que el órgano legislador debe tratar los temas de mayor preocupación en la sociedad actual. En este contexto fue modificada la definición típica contenida en la Iniciativa respectiva, enfatizando la intencionalidad del delito más que las

acciones mismas, considerando que lo que comúnmente se denomina lavado de dinero se constituye por actos en que siendo ilegal la actividad origen del dinero, es disfrazado su origen o encubierta su propiedad, con objeto de que éste aparezca como legítimo.”⁶⁶

Para inhibir la realización de las conductas sancionadas y ante el incremento que en los últimos años se ha dado en nuestro país, en perjuicio de la sociedad, la pena se aumenta de cinco a quince años de prisión en lugar de tres a doce años propuestos en la iniciativa, e igual ocurre para la sanción pecuniaria de mil a cinco mil días multa en lugar de quinientos a cinco mil días multa.

Atendiendo a la vigilancia y control que realiza la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en materia financiera, se contempla su denuncia previa para proceder penalmente en el caso de conductas en que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, así como el ejercicio obligatorio de sus facultades de comprobación y denuncia cuando al ejercer las de fiscalización, encuentre elementos que hagan presumir la comisión de delitos relacionados con servicios de instituciones del sistema financiero ya mencionado.

Además en estas reformas se le dejó al lavado de dinero la calidad de delito grave, de acuerdo con el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, evitando con ello que el sujeto activo de este delito pudiera obtener su libertad y gozar de ella mientras se llevaba el proceso penal.

⁶⁶ Poder Legislativo Federal, Cámara de Diputados, Comisión de Justicia, Doc. 134/LVI/96

4.9 Artículo 400 Bis del Código Penal

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

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

La pena prevista en el primer párrafo será aumentada en una mitad cuando la conducta ilícita se cometa por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de 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 conductas previstas en este artículo en las que se utilicen servicios de Instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Cuando dicha Secretaría, en ejercicio de 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 confieren las leyes y, en su caso, denunciar hechos que probablemente puedan constituir dicho ilícito.

Para efectos de este artículo se entiende que son producto de una actividad ilícita, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no 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, casas de cambio, administradoras de fondos de retiro y cualquier otro intermediario financiero o cambiario.”⁶⁷

El artículo antes transcrito se encuentra clasificado dentro del Código Penal Federal, en el capítulo de encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita. El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita requiere para su integración que el sujeto activo del delito sea sabedor de que los bienes que posee y que tengan por objeto alguna operación de intercambio, tengan un origen ilícito; origen que puede probarse de acuerdo con este precepto en forma indiciaria y ya no en forma plena, como sucedía en el artículo 115 Bis del Código Fiscal de la Federación.

La ilicitud de los bienes, recursos o derechos, de acuerdo con el precepto en estudio se tendrá por acreditado cuando exista el indicio fundado de ello y el sujeto activo del delito no pueda probar su legalidad, así como cuando existan indicios fundados de que tienen origen ilícito.

Con la adición del artículo 400 Bis del Código Penal de la Federación, que regula el delito más comúnmente conocido como lavado de dinero, la querrela de la Secretaría de Hacienda deja de ser un requisito de procedibilidad para que el Ministerio Público investigue y en su caso ejercite la acción penal; es un delito perseguible de oficio, con dos excepciones, la primera: la relativa a que será necesaria la querrela de la Secretaría de Hacienda cuando participen Instituciones que integran el sistema financiero como son 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, otros intermediarios bursátiles, casas de cambio, administradoras de fondos de retiro; la segunda excepción se da cuando la Secretaría de Hacienda en el ejercicio de sus facultades de fiscalización y comprobación conferidas en el Código Fiscal de la Federación, encuentre evidencias, huellas y elementos que le permitan presumir la comisión de este delito, debe denunciar los hechos para que el Ministerio Público pueda investigarlos y ejercitar la acción penal.

En cuanto a la función de los servidores públicos y el tratamiento que da el artículo en cita a dichos funcionarios, tiene su fundamento en el artículo 49 Constitucional, precepto que establece que el Estado requiere de instrumentos para que sus facultades y atribuciones sean desempeñadas

⁶⁷ Código Penal Federal, p. 111.

oportunamente, cargo que se desarrolla a través de personas físicas que actúan en nombre del Estado y representan su voluntad, y cuya finalidad es el cumplir con los fines del mismo. El fundamento para la existencia del Estado, es la voluntad soberana del pueblo, derivando del propio pueblo sus facultades y atribuciones, cuyo principal objetivo es el garantizar la existencia de un Estado de derecho y el bien común, estableciendo que conductas constituyen delitos y sancionándolas con una pena, con el ánimo de inhibir y sancionar toda conducta que se ajusta a algún tipo penal, en protección de la sociedad y su sano desarrollo.

La sanción establecida para los servidores públicos encargados de investigar y perseguir este delito y que participen en su comisión, además de la señalada en el propio precepto la misma es aumentada en una mitad más de la fijada para aquellos individuos que no tienen esta calidad, tiene como finalidad el evitar que los servidores públicos en abuso del cargo que se le confiere, y que en este caso le permite investigar, perseguir y determinar a los probables responsables o la responsabilidad penal de algún individuo, obtenga en perjuicio de la administración de justicia, del Estado, un lucro o beneficio, con impunidad para aquellos que comenten este delito.

4.9.1 Cuadro comparativo del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita (Lavado de dinero) entre su regulación en el Código Fiscal de la Federación y su regulación actual en el Código Penal Federal.

Similitud dispositiva.

Tanto el artículo 115 Bis del Código Fiscal de la Federación vigente hasta 1996, como el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, sancionan

con pena el uso, posesión u ocupación de bienes de procedencia ilícita con conocimiento de su origen ilícito, ambos preceptos sancionan a los Servidores Públicos de las Instituciones que componen el sistema financiero que participen en la comisión de este delito.

Diferencias dispositivas.

ARTÍCULO 115 BIS C.F.F.		ARTÍCULO 400 BIS DEL C.P.F.
<ul style="list-style-type: none"> -Sanciona con pena privativa de libertad de 3 a 9 años de prisión. -Sanciona la evasión fiscal. -Sanciona la omisión de informes de cualquier operación que pueda generar un crédito fiscal. - Establece como requisito para la integración de este delito, el que los bienes hayan sido identificados previamente como productos de actividades ilícitas. - Su detección era encomendado únicamente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien en todos los casos tenía que formular la querella respectiva ante el 		<ul style="list-style-type: none"> -Sanciona con pena privativa de libertad de 5 a 15 años de prisión. - Deja de sancionar la evasión fiscal. - Sanciona a los Servidores Públicos encargados de perseguir, investigar y denunciar este delito. - Establece como requisito para la integración de este delito, el que exista indicio fundado de que los bienes proceden de algún delito. - Su investigación corre a cargo del Ministerio Público, pasa a ser un delito perseguible de oficio y únicamente se requiere la

ARTÍCULO 115 BIS C.F.F.		ARTÍCULO 400 BIS DEL C.P.F.
Ministerio Público.		<p>querrela de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuando participen instituciones del Sistema Financiero.</p> <p>- Se faculta a la Secretaria de Hacienda para que en el caso de encontrar indicios de la comisión de este delito, ejerza sus facultades de comprobación, requiriendo en este caso de la denuncia correspondiente.</p>

4.10 Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Las condiciones de inseguridad social y económica latentes en nuestro país, y el aumento de la delincuencia, que ha venido evolucionando a grupos cada vez más organizados y jerarquizados, que hacen uso de toda la tecnología existente y que se encuentran mejor equipados que las propias autoridades, el Ejecutivo de la Unión a efecto de hacer más eficiente la lucha contra la delincuencia organizada, con fecha 7 de Noviembre de 1996, publica en el Diario Oficial de la Federación la Ley Contra la Delincuencia Organizada, incluyendo en esta ley delitos como el de operaciones con recursos de procedencia ilícita, y conceder mayores plazos y términos a la autoridad ministerial para la investigación de este delito en caso de flagrancia a efecto de ejercer la acción penal, como es a través de la duplicidad del término para la consignación de la averiguación previa.

La delincuencia organizada implica la existencia de grupos delictivos formados por tres o más individuos, que se reúnen periódica y permanentemente con la finalidad de delinquir, estos grupos de delincuentes cuentan con disciplina y una organización interna jerarquizada, para cometer de modo violento y reiterado o con fines lucrativos algunos de los delitos previstos en el Código Penal. El artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada señala que es “Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada.”⁶⁸

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sentado criterio al determinar en que casos se considera delincuencia organizada, como se desprende de la siguiente tesis:

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: II, Agosto de 1995

Tesis: XVI.2o.2 P

Página: 487

⁶⁸ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, p. 3

CONSIGNACIÓN ANTE LOS TRIBUNALES. DUPLICIDAD DEL TÉRMINO PARA LA. El artículo 16 constitucional reformado, establece el plazo de cuarenta y ocho horas para consignar al detenido, el cual podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. En concordancia, el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales define la delincuencia organizada, al señalar que se actualiza cuando tres o más personas se organicen bajo las reglas de disciplina y jerarquía, para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos, algunos de los delitos previstos en la ley sustantiva penal que ahí enumera. La correcta interpretación de los preceptos citados, lleva a concluir que en principio corresponde al Ministerio Público, al momento de realizar su función de persecución e investigación de los delitos, en la averiguación previa que realiza y de acuerdo a los datos que hubiere recabado, estimar si es procedente o no la duplicidad del término para efectuar la consignación de los indiciados, por reunirse al menos de forma presuntiva los requisitos que establece el artículo 194 bis del citado Código Federal de Procedimientos Penales; facultad que no debe ser ejercida en forma arbitraria y con menoscabo de los derechos constitucionales de los detenidos, por cuyo motivo corresponderá al órgano jurisdiccional al momento de valorar las pruebas y resolver sobre la situación jurídica de los procesados, determinar si fue legal o no la aplicación de la ley que autoriza la duplicidad o ampliación del término para consignar y, consecuentemente, si procedía legalmente aplicar o no lo dispuesto por el penúltimo párrafo del diverso artículo 134 de la codificación adjetiva penal en comento. La sanción en caso de error, sería dejar sin valor las declaraciones rendidas ante el órgano acusador.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 100/95. Carlos Antonio Lechuga Avila. 30 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretario: Francisco Martínez Hernández.

4.10.1 Artículo 194 Bis del Código Penal Federal

De acuerdo con el artículo 194 Bis del Código Penal Federal, el plazo de 48 horas con que cuenta el Ministerio Público para resolver la situación jurídica de un individuo relacionado con un acta de averiguación previa podrá duplicarse cuando se trate de delincuencia organizada, al señalar dicho precepto:

“Artículo 194 Bis. En los casos de delito flagrante y en casos urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, quien transcurrido dicho plazo, deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse respecto de los delitos a que se refiere la ley federal en materia de delincuencia organizada.”⁶⁹

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, contempla en sus artículos 9 y 10 el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, por lo que la duplicidad del término con que cuenta el Ministerio Público en la fase de averiguación previa para determinar la situación de un individuo se pueda actualizar tratándose de este delito, siempre y cuando los sujetos relacionados hayan sido identificados como miembros de la delincuencia organizada pertenecientes a un grupo delictivo ya identificado con anterioridad como tal.

⁶⁹ Ibid, p. 46.

4.10.2 Artículos 9 y 10 de la ley Federal contra la Delincuencia Organizada

El artículo 9 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada señala:

“Artículo 9.- Cuando el Ministerio Público de la Federación investigue actividades de miembros de la delincuencia organizada relacionadas con el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, deberá realizar su investigación en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Los requerimientos del Ministerio Público de la Federación o de la autoridad judicial federal, de información o documentos relativos al sistema bancario y financiero, se harán por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro y de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, según corresponda. Los de naturaleza fiscal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La información que se obtenga conforme al párrafo anterior, podrá ser utilizada exclusivamente en la investigación o en el proceso penal correspondiente, debiéndose guardar la más estricta confidencialidad. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copias de ellas o de los documentos, se le sujetara al procedimiento de Responsabilidad Administrativa o penal, según corresponda.”⁷⁰

⁷⁰ Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, p. 6.

“ARTÍCULO 10.- A solicitud del Ministerio Público de la Federación, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá realizar auditorias a personas físicas o morales, cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que son miembros de la Delincuencia organizada.”⁷¹

Los artículos antes mencionados contemplan el lavado de dinero cuando sea realizado por dos o más individuos, en esta ley se contempla un trabajo conjunto del Ministerio Público Federal y de la Secretaría de Hacienda en la investigación e integración de este delito.

Asimismo establece que el Ministerio Público podrá solicitar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la práctica de auditorias cuando existe la creencia de que alguna actividad realizada por personas físicas o morales tiende a legalizar dinero habido ilícitamente o a verificar el origen de éste.

La Ley Federal contra la delincuencia organizada y los preceptos antes transcritos, no son aplicables en cuanto al delito contemplado por el artículo 115 Bis del Código Fiscal de la Federación, ya que no entró en vigencia con posterioridad a que fue derogado dicho precepto del código en cita, y aun así tampoco tiene aplicación en los supuestos contemplados en el decreto de reforma de fecha 13 de Mayo de 1996, en el que se determinó que el artículo 115 Bis seguiría aplicándose en los hechos realizados durante su vigencia, a los procesados y sentenciados de conformidad con dicho precepto, toda vez que son actos ejecutados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, y de aplicarse dicha ley sería en forma retroactiva en perjuicio del indiciado. Asimismo resulta inaplicable la Ley Federal contra la delincuencia

⁷¹ Idem.

organizada ya que en su artículo primero, establece los delitos a los cuales es aplicable dicha ley, contemplándose únicamente el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Toda vez que esta ley es aplicable únicamente en los casos de delincuencia organizada, el Ministerio Público debe de allegarse de todos los elementos o medios de prueba que sean suficientes para demostrar que el delito es cometido por miembros de la delincuencia organizada, que pertenecen a un grupo jerarquizado, con disciplina, reunido en forma habitual con el objeto de delinquir, es decir, un grupo delictivo previamente identificado como tal a través de denuncias o averiguaciones previas o procesos penales ya concluidos.

En el caso del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita y al abrigo de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la investigación de este delito en términos del artículo 8 de esta ley, debe de realizarse a través de la unidad especial que en términos de esta ley se creó, que es la Unidad Especializada contra la Delincuencia Organizada (UEDO), conformada por Ministerios Públicos, peritos y técnicos.

La investigación del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita en términos del artículo 400 Bis del Código Penal Federal, ésta encomendada únicamente al Ministerio Público de la Federación, estableciéndose en dicho precepto que únicamente cuando intervengan instituciones del sistema financiero, deberá de intervenir la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, sin embargo la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en sus artículos 9 y 10, establece que en el caso

de la comisión de este delito por miembros de la delincuencia organizada, la investigación deberá hacerse en forma conjunta con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público

De acuerdo con el artículo 10 antes transcrito, cuando el Ministerio Público especializado tenga indicios suficientemente fundados de que alguna persona física o moral, pertenezca a la delincuencia organizada, podrá solicitar la práctica de auditorias a la autoridad fiscal a efecto de comprobar su participación en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, dichas auditorias deberán de ser practicadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en ejercicio de sus facultades de comprobación y de acuerdo a las disposiciones establecidas en el Código Fiscal de la Federación.

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, establece dentro de los medios de prueba que puede hacer uso el Ministerio Público que conozca de estos delitos, las declaraciones o imputaciones que hagan los diversos participantes en el hecho, asimismo establece la posibilidad de valorar las actuaciones de otro procedimiento relacionado con los hechos que se investigan, actuaciones que en este caso tienen valor probatorio pleno en términos del artículo 41 de la ley en comento. Esta ley para la comprobación de la participación de delincuencia organizada en los hechos que se investigan, señala que se podrá tomar en cuenta una sentencia judicial ejecutoria en la que se determine específicamente la existencia de una organización delictiva.

El arraigo que constituye una medida preventiva o precautoria para evitar que el sujeto que presumiblemente cometió el delito que se investiga se sustraiga de la acción penal; en el caso del delito de operaciones con

recursos de procedencia ilícita el arraigo se dictará por Juez competente a petición del Ministerio Público, debiéndose determinar el lugar, la forma, los medios de realización del mismo, el cual no podrá exceder de noventa días, y con el único objeto de que el inculpado participe en la aclaración de los hechos que se investigan.

La intervención de las comunicaciones privadas se autoriza en el caso de delincuencia organizada, incluyendo las operaciones con recursos de procedencia ilícita, y podrá llevarse a cabo previa la autorización del Juez competente, comunicaciones que pueden ser en forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores, intervención que puede ser utilizado como medio probatorio. La protección de los ofendidos o víctimas, testigos, peritos y Juez se establece como obligación a cargo de la Procuraduría General de la República al establecer el artículo 34 de dicha ley la obligación de prestar apoyo, en los casos y procedimientos en que sea necesaria dicha protección.

La cooperación de miembros de la delincuencia organizada en la investigación, y persecución que sirva en la integración de la averiguación previa, procedimiento y sentencia que se lleven a cabo, y que sirvan en contra de otros miembros de la delincuencia organizada se recompensa con la reducción de la pena de las dos terceras partes a la mitad de la pena que pudiera corresponderle, así como en no tomar en cuenta los hechos de los que se derive una probable responsabilidad penal del que declara.

CAPÍTULO V

LAS OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA (LAVADO DE DINERO)

5.1 Concepto de Lavado de Dinero

“Es la actividad encaminada a darle el carácter de legítimos a los bienes producto de la comisión de delitos, los cuales reportan ganancias a sus autores.”⁷²

El lavado de dinero es el método por el cual una persona criminal, o una organización criminal, procesa las ganancias financieras resultado de actividades ilegales. Una empresa criminal necesita tener rápido acceso a las ganancias adquiridas a través de la venta de bienes o servicios, sin embargo, no puede operar abiertamente, debe esconder la naturaleza, localidad, procedencia, propiedad y control de los beneficios producidos por su negocio, para evitar ser detectado por las autoridades competentes. A través del lavado de dinero, el criminal persona física o moral especialista en lavado de dinero, transforma las ganancias monetarias derivadas de una actividad criminal en fondos supuestamente provenientes de una actividad legal.

5.1.1 Categorías en el Lavado de Dinero

El lavado de dinero se divide en 2 categorías:

1. Conversión. La conversión en el lavado de dinero, se da cuando los bienes sujetos a lavado, cambian de forma para ocultar su origen, como cuando una suma de dinero se usa para comprar otro bien, como sería un auto o una casa.

⁷² Víctor Manuel Nando Lefort, El Lavado de Dinero, p. 17.

2.- Movimiento. Se da el movimiento cuando los productos cambian de una localidad a otra, mediante envíos, transferencias e incluso en efectivo.

En el lavado de dinero, el lavador realiza tanto como conversión como movimientos de capital, con la intención de ocultar el origen ilícito de los fondos empleados. Lavador se le denomina tanto aquellas personas físicas y morales, cuyo objetivo es ocultar el origen ilícito de diversos bienes, ya sea propios o ajenos.

5.1.2 Etapas en el Lavado de Dinero

El lavado de dinero tiene diversas etapas, que puede tener a su vez dos supuestos diversos, el primero en el que el lavador es el propietario de los bienes sujetos a lavado, y el segundo, en el que el lavador realiza sus operaciones con bienes ajenos; en el primer caso son tres las etapas por las que realizan su actividad, y son las siguientes:

Primera, colocación: El lavador de dinero inserta los bienes objeto del lavado en el sistema financiero, o en empresas destinadas a esta actividad.

Segunda, estratificación: Mediante una serie de movimientos ya sea dentro del sistema financiero, como en empresas privadas, el lavador busca separar el origen ilícito, procurando con el mayor número de transacciones u operaciones posibles, que el origen de los bienes se pierda y sea indetectable.

Tercera, integración: Consiste en justificar y explicar la procedencia lícita o legítima de los bienes lavados, invirtiéndolos abiertamente en operaciones, ya sea inversiones, adquisiciones, y empresas legítimas.

En el caso de lavadores externos, ya sea personas físicas o morales, existe una cuarta etapa en el lavado de dinero, que es:

Cuarta, devolución de los bienes lavados: Esta etapa solo se presenta cuando el lavador no es el propietario de los bienes lavados, y consiste en crear la justificación para la devolución de los bienes entregados para su lavado, es decir, realizar todas las maniobras contables, que en una empresa justifique la salida de una gran suma de recursos, evitando que se pueda detectar la actividad de lavado.

El lavador de dinero usa una variedad de técnicas para lavar los recursos ilícitos, empleados tales como profesionistas entre los que pueden figurar abogados, contadores, corredores de bolsa, así como instrumentos monetarios y mercantiles que facilitan su actividad, procurando lavar la mayor cantidad de bienes posibles, usando técnicas comerciales legítimas, adaptadas a sus necesidades.

5.1.3 Técnicas usadas en las Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, Lavado de Dinero.

Una técnica de lavado de dinero es un procedimiento individual o paso en el lavado de bienes o capitales de origen ilícito, similar a una transacción comercial individual legítima. Algunas de las técnicas más comunes de lavado de dinero incluyen las siguientes:

A).- Técnica de Smurfing.- Consiste en realizar operaciones en el sistema financiero evitando alcanzar el límite de diez mil dólares que se establece, a efecto de que la operación no tenga que ser reportada y documentada.

B).- Técnica de legalización de negocios.- Se invierte en negocios con un alto volumen de ventas al menudeo, restaurantes, tiendas departamentales, etc, mezclando los bienes o derechos ilícitos con los ingresos legítimos, pagando los impuestos correspondientes por ese volumen de ventas reportadas.

Esta técnica se ha usado en México en la compra de Hoteles, como se detectó esta operación hace tiempo, ya que en una temporada estos declaraban cupo lleno todo el año, estando totalmente vacíos en la Ciudad de Guadalajara.

C).- Técnica de cambio de moneda extranjera.- Suelen utilizar las casas de cambio y principalmente los centros cambiarios, ya que en éstas no llevan registros que identifiquen en forma exhaustiva al cliente, lo que permite cambiar divisas sin conocer prácticamente quién realice tal conversión.

D).- Técnica de empleo de casas de corretaje.- Un banco extranjero compra un instrumento negociable por instrucciones del operador o lavador, ya sea bonos o acciones de empresas legítimas, una vez que el dinero esté en alguna de estas casas a través de los títulos en mención, el delincuente está en libertad de vender sus valores negociables por dinero en efectivo.

E).- Técnica de doble facturación.- Una organización delictiva adquiere control de empresas constituidas en diferentes estados, de allí una compra bienes o valores de compañías extranjeras a precios elevados en forma excesiva estos precios reducen su nivel de ganancia y, por ende, el monto de los impuestos a pagar.

F).- Técnica de inversión inmobiliaria.- El vendedor de un inmueble vende por debajo del precio real solo en apariencia ya que la diferencia la

recibe el vendedor por separado sin declararla realmente, el operador o lavador con posterioridad vende el inmueble en el precio real, obteniendo una aparente ganancia y dando una apariencia de licitud a sus bienes.

5.1.4 Principales Formas de las Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

1.- Estructurar, trabajo de Hormiga. Uno o varios individuos hacen múltiples transacciones con fondos ilegales por cierto período de tiempo, en la misma institución o en varias instituciones financieras, volviéndolas a englobar con posterioridad, pueden ser depositados, transferidos telegráficamente, etc.

2.- Complicidad de un Funcionario u Organización. En este caso los empleados o funcionarios de las instituciones del sistema financiero facilitan el lavado de dinero al aceptar operaciones que rebasan el límite de los diez mil dólares, sin documentar y reportar la operaciones. Este método permite al lavador mover grandes capitales sin documentar la operación.

3.- Mezclar. El lavador de dinero combina los fondos ilícitos con fondos legítimos de una empresa, y después presenta la cantidad total como renta de la actividad legítima de tal empresa. La mezcla de fondos ilegales es difícil de ser detectada por las autoridades competentes.

4.- Compañías de Fachada. Es una compañía que existe legalmente y hace creer que participa en una actividad legítima, este tipo de compañías pueden ser de dos tipos, la que mezcla los fondos ilícitos con sus propias rentas, y la que solo trabaja con fondos ilícitos, formada expresamente para ocultar esos fondos. Pueden ser localizadas físicamente en sus oficinas, o a veces solo existir en papel. En algunos casos, el negocio está establecido en

otro estado o país para hacer más difícil rastrear las conexiones del lavado de dinero.

5.- Compras de Bienes o Instrumentos Monetarios con Productos en Efectivo. El lavador o operador de dinero compra bienes tanto muebles como inmuebles, o instrumentos monetarios como giros bancarios, cheques de viajero y valores, con los fondos ilícitos, los bienes comprados son utilizados para continuar su actividad criminal.

7.- Contrabando de Efectivo. Esta técnica involucra el transporte físico del efectivo obtenido de una actividad criminal a localidades fuera de Estados Unidos. El lavador puede transportar el efectivo por avión, barco, o vehículo a través de la frontera terrestre. El contrabando de dinero en efectivo destruye completamente las huellas del origen ilícito de esos fondos. Estos productos pueden regresar al país de origen.

8.- Transferencias Telegráficas o Electrónicas. A través de estas transferencias el operador o lavador puede mover fondos prácticamente a cualquier parte del país o del mundo de una manera muy rápida. El uso de transferencias telegráficas es probablemente la técnica más importante usada para estratificar fondos ilícitos, en términos del volumen de dinero que puede moverse, y por la frecuencia de las transferencias. Después de transferir los fondos varias veces se vuelve difícil la detección de la procedencia original de los fondos.

El uso de transferencias telegráficas o electrónicas permite reunir los fondos a una cuenta canalizadora, de la cual los fondos son transferidos automáticamente a otra cuenta fuera del país, este tipo de cuentas con límite

de fondos de fondos depositados evitan pérdidas cuando las autoridades confiscan o bloquean la cuenta.

9.- Venta o Exportación de Bienes. Los bienes adquiridos con fondos ilegales son vendidos en otra localidad o exportados, la identidad del comprador original se vuelve borrosa o confusa, originando la dificultad para que la autoridad determine el verdadero origen de los fondos.

10.- Establecimiento de Compañías de Portafolio o Nominales. Una compañía de portafolio es una entidad que generalmente existe solamente en el papel ; se usan para enmascarar el movimiento de fondos ilícitos ya que ocultan a los socios y accionistas por medio de una representación nominal.

Estas compañías en algunos países se constituyen por un permiso otorgado por el gobierno a un agente o apoderado como un abogado, antes de la formación de la compañía. El agente mantiene inactiva el acta de constitución de sociedad hasta que es adquirida por un cliente y se forma la compañía, la junta directiva registrada de la sociedad anónima está formada por asociados del apoderado y no tiene relación con los verdaderos dueños de la sociedad anónima una vez que ésta es comprada al apoderado y entra en vigencia.

11.- Transferencias Inalámbricas o entre Corresponsales. Esta técnica presume que una organización de lavado de dinero puede tener dos o más filiales en diferentes países, o que podría haber alguna clase de filiación comercial entre dicha organización y su contraparte ubicada en el extranjero. Los fondos a ser lavados entran en la filial en un país y después se los hace disponibles en un segundo país en la misma moneda o en otra diferente. Como hay una relación de corresponsalía entre las dos filiales, no se necesita

transportas los fondos físicamente. Tampoco hay necesidad de transferir los fondos electrónicamente. La coordinación entre ambas terminales de la operación se lleva a cabo por teléfono, fax , o por algún otro medio arreglado de antemano. Las casas de cambio de Estados Unidos y América Latina tienen mala fama por el uso de esta técnica de lavado de dinero. Los grupos de crimen organizado en Asia son conocidos por usar el mismo método, el método del vale o chit system, en el cual el vale otorgado por fondos recibidos en un país se canjea por fondos en otro país.

12.- Falsas Facturas de Importación, Exportación o doble facturación. Esta técnica se implementa cuando al declarar el valor de las importaciones y exportaciones, este es aumentado. Por ejemplo, si las importaciones desde otro país hacia Estados Unidos se sobrevalúan en la factura comercial, entonces, cuando se paga dicha factura, la diferencia entre el valor real de la mercadería y lo sobrevaluado puede ser ajustada como producto criminal. La sobrefacturación de exportaciones permite una justificación legítima de fondos recibidos del extranjero.

13.- Garantías de Préstamos. Usando como garantía los depósitos de fondos ilícitos o, por ejemplo, los certificados de depósito, valores, etc., adquiridos con productos ilícitos, el lavador de dinero u operador obtiene préstamos totalmente legales. A través de estos préstamos, el lavador puede adquirir bienes inmuebles, negocios, u otros bienes. Los productos criminales originales han pasado a tener otra forma y la conexión con su verdadero origen se hace aún menos aparente.

14.- Venta de Valores a través de Falsos Intermediarios. Bajo esta técnica el lavador se vende valores a sí mismo a través de un falso intermediario, generalmente una compañía de portafolio. El intermediario hace que suba el precio de los valores mantenidos por el lavador a través de

la infusión de productos ilícitos, el lavador u operador vende entonces las acciones y justificar una ganancia aparentemente legal.

5.1.5 Mecanismos del Lavado de Dinero

Un mecanismo de lavado de dinero puede ser una empresa comercial o financiera que facilita el lavado. Algunas empresas financieras como los bancos y casas de cambio, pueden formar parte en el proceso de lavado con o sin conocimiento de que están participando en el lavado de fondos ilegales. Los múltiples servicios que ofrecen las instituciones financieras, crea una mayor facilidad al transmitir y enviar fondos de un país a otro. Algunos de los mecanismos más comunes en el lavado de dinero son :

- Instituciones Bancarias, Instituciones de Ahorro y préstamo
- Corredores de bolsa o de productos
- Compañías de inversiones y fondos mutuos
- Casas de Cambio y centros cambiarios. Las casas de cambio son usadas para lavar dinero, debido principalmente al sistema de transferencias y pagos que funciona paralelamente a las bancos
- Títulos de crédito, cheques, cheques de viajero, pagarés, letras de cambio, giros, cartas de porte y otros instrumento crediticios, dichos instrumentos pueden ser usados en el lavado de dinero y su utilización ha venido en aumento, debido a que pueden circular sin hacerse efectivos, transmitiendo el derecho crediticio que en el mismo se contiene.

- El Servicio Postal, mediante la venta y envío de giros postales
- Prestamistas
- Empresas de Factoraje y Arrendamiento financiero
- Empresas Administradoras de Fondos de Retiro
- Compañías que operan en el envío de remesas o envíos de dinero
- Compañías de seguro y Fianzas
- Operadores de metales preciosos, piedras o joyas
- Venta de automotores minorista (incluye automóviles , aviones y embarcaciones)
- Compañías inmobiliarias

5.1.6 Instrumentos para el Lavado de Dinero

Según lo mencionado anteriormente, un lavador de dinero usa mucho los instrumentos financieros que también son usados por las empresas comerciales legítimas. Algunos de esos documentos facilitan el ocultamiento de la procedencia ilícita de los fondos. Algunos instrumentos son los siguientes:

- Dinero en circulación. El dinero en efectivo, es el medio más común para mover cantidades de dinero de origen ilícito, y que se utilizan para financiar otras actividades relacionadas como sería el tráfico de influencias, la extorsión, entre otros. El dinero en efectivo puede ser

generado por actividades tales como la venta de narcóticos a baja escala, extorsión, robo, etc.,. dicho efectivo tiene que ser utilizado ya sea mediante su ingreso al sistema financiero, o mediante el envío fuera del país mediante el tráfico de moneda.

- Cheques de caja. El cheque de caja es un cheque que el banco libra contra sí mismo. Es fácil de conseguir, se puede adquirir en cualquier sucursal y poco costoso.
- Cheques Personales. Los cheques personales son cheques librados contra una cuenta ya sea de una persona física o moral. Los titulares de esas cuentas bancarias suelen ser ficticios.
- Giros. Un giro es otro instrumento de cambio y transferencia de recursos emitido por el Servicio Postal Mexicano, bancos o por compañías autorizadas para emitir giros, generalmente son usados para enviar dinero a otra localidad, y no se documentan debidamente dichas operaciones.
- Giros Bancarios. Los giros bancarios permiten a un comerciante legítimo o a un lavador de dinero mover fondos de un país a otro, tan rápidamente como se mueve el dinero en efectivo, aunque más lentamente que a través de transferencias electrónicas. En el caso de un giro de un banco mexicano, el lavador de dinero obtiene el giro de un banco en México usando fondos ilícitos, contrabandeados fuera de Estados Unidos. El giro por sí mismo representa el dinero del banco depositado en una cuenta de un banco de Estados Unidos pero pagadero al comprador u a otra persona designada por el comprador. El lavador puede entonces transportar el giro de un

banco mexicano a Estados Unidos donde la procedencia original de los fondos no será aparente.

5.2 Los Paraísos Fiscales

Los Paraísos fiscales son aquellos territorios o Estados que se caracterizan por la escasa o nula tributación a que someten a determinadas personas físicas o morales, para atraer divisa extranjera y favorecer la economía nacional; también se les conoce como países de baja tributación o países de tributación privilegiada.

Los Paraísos Fiscales se dividen, principalmente, en dos tipos: paraísos para las sociedades y paraísos para las personas físicas o naturales, también existen los países de tránsito monetario, que no pueden considerarse paraísos fiscales, pero que, por sus tratados de doble imposición o leyes, favorecen el uso de los paraísos fiscales.

Por cada tipo de actividad, profesión y presupuesto existe un paraíso fiscal, que se apoya en un país de tránsito monetario, cuyo objeto es disminuir las cargas fiscales compensatorias que aplican aquellos países ajenos a este esquema de paraíso fiscal.

El Diccionario de Administración y Finanzas de J. M. Roosevelt define a los Paraísos Fiscales: Países con leyes fiscales muy favorables para el establecimiento de la residencia legal de personas físicas o jurídicas que quieren pagar menos impuestos.

5.2.1 Características de los Paraísos Fiscales

Las principales características de los paraísos fiscales, son las siguientes:

1.- Existencia de un sistema dual, por el cual existe un régimen fiscal, de control de cambios bancario, etc., diferente según se aplique a los nacionales de ese paraíso o a los titulares de terceros Estados que se amparen en el mismo.

2.- La confidencialidad, el secreto y el anonimato de las cuentas bancarias, de las transacciones de todo tipo, y de la titularidad de las acciones de las sociedades domiciliadas en el mismo, etc., están amparadas todas ellas en el secreto bancario, comercial, administrativo y registral.

3.- Existencia de una ley restrictiva que impide el levantamiento del secreto bancario y de los límites de información que pueden obtenerse de los registros públicos, la propia administración fiscal rechaza cualquier tipo de asistencia mutua y de intercambio de información con otras administraciones fiscales estén o no amparadas en convenios para evitar la doble imposición internacional.

4.- No se permite la negociación de convenio alguno que incluya cláusula alguna que regule o permita el intercambio de información.

5.- El secreto bancario, comercial o industrial, se protege aun en contra de convenios o cláusulas que permitan su revelación, aduciendo razones de práctica administrativa que impiden su aplicación, o mediante la dilatación de los plazos a la hora de entregar la documentación requerida.

6.- No existe control de los movimientos de capitales que tienen su origen o destino en un paraíso fiscal, lo que permite el reciclaje de capitales utilizando como soporte la estructura jurídica y fiscal que ofrece el paraíso fiscal.

7.- Es necesaria la existencia de infraestructura en comunicaciones que favorezca el movimiento de bienes, personas y servicios, así como un marco jurídico que permite a los asesores, consejeros y profesionales especialistas en las ventajas que ofrece el paraíso fiscal, auxiliar a todos aquellos que deciden llevar sus recursos a aquellos lugares.

8.- Algunos países en vías de desarrollo o inestables políticamente, ofrecen cláusulas de inmutabilidad jurídica y fiscal garantizando, en algunos casos, el mantenimiento del status fiscal actual hasta determinada fecha o, más razonable, el traslado automático e instantáneo, en casos de urgencia de la sede social o de las cantidades allí depositadas, hacia otros países que no ofrezcan ninguna duda en cuanto a su fiabilidad y relevancia internacional.

5.2.2 Objeto de un Paraíso Fiscal

Los paraísos fiscales tienen un objeto primordial, exentar las cargas tributarias o pagar lo menos posible en cuanto a impuestos se refiere.

Las personas jurídicas emplean las ventajas de estas zonas, que consiste principalmente en la no sujeción al impuesto de beneficios obtenidos por las empresas constituidas en aquellos países, así como de los dividendos que se perciben de las filiales, la absoluta libertad de movimientos para los capitales y la ausencia de control de cambio.

La utilización de estas zonas puede servir para diversos objetivos, en algunos casos se puede usar para evitar el control de cambios del propio país o para eludir la convertibilidad de la moneda, en otros, lo que se pretende es centralizar la gestión financiera de las sociedades. También es muy común para operaciones de intermediación comercial, refacturación o compañías de seguros cautivas cuyo objetivo son las operaciones de auto seguro, sin embargo, la fórmula más usual para las compañías es la inversión a través de *holdings*.

En los paraísos fiscales pueden constituirse y registrarse empresas, con la mayor confidencialidad posible a través de asesores fiscales, abogados que ofrecen otro tipo de servicios altamente interesantes como son nombres de accionistas y consejeros, para poder cubrir al verdadero propietario y, otros tales como asistencia para abrir cuentas bancarias, y facilitan firmas de terceras personas para que los movimientos se registren a su nombre, así como la venta de empresas previamente constituidas.

5.2.3 Ingeniería Fiscal

En la ingeniería fiscal, se busca con operaciones de ingeniería contributiva, encontrar las mejores condiciones impositivas para sus clientes, siempre dentro o al límite de la legalidad.

Se llama ingeniería fiscal porque se realiza el proyecto de un esquema para la elusión fiscal, teniendo en cuenta todas y cada una de las ventajas que pueda ofrecer un paraíso fiscal en combinación con otros paraísos y/o con países de baja imposición fiscal, y construir una estrategia para eliminar o disminuir la carga tributaria, haciendo uso de leyes y tratados que favorecen una u otra actividad.

La finalidad de una compañía, al utilizar a los Ingenieros Fiscales, es la de maximizar las utilidades o beneficios provenientes de actividades internacionales. Los Ingenieros Fiscales se encargan de encontrar la manera más apropiada para que las compañías cumplan con su finalidad, y el principal medio con que cuentan para llevar a cabo sus tareas, es el uso de los paraísos fiscales.

Los paraísos fiscales en el lavado de dinero, se usan principalmente como países de tránsito monetario, donde los lavadores envían los bienes o dinero objeto del lavado a través de las instituciones de servicios financieros de dichos países como el de banca, también emplean el tráfico de moneda en efectivo, para posteriormente regresarlo a la economía nacional y emplearlo como un ingreso lícito, a través incluso de sociedades mercantiles, que pueden ser la matriz o la filial de alguna empresa que realice operaciones en dichos lugares.

5.3 Función de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en la Comisión del Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita o Lavado de Dinero

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público de acuerdo con el artículo 31 de La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, tiene como atribuciones, elaborar el Plan Nacional de Desarrollo, formular los proyectos de Ingresos y egresos de la Federación, dirigir la política monetaria y crediticia, vigilar al sistema Bancario, asimismo el vigilar el funcionamiento del sistema Financiero Mexicano, dentro del que se comprenden las Instituciones de Seguros, Fianzas y Valores, Organizaciones auxiliares de crédito, así como el definir los estímulos fiscales.

5.3.1 La Querrela y la Denuncia como Requisito de Procedibilidad

Las facultades de la Secretaría de Hacienda en cuanto a la recaudación de impuestos o contribuciones, se regula por el Código Fiscal de la Federación, es en este cuerpo legal donde se establecen los delitos que en materia fiscal se contemplan, estableciendo a su vez los requisitos de procedibilidad que deben de cumplirse para la integración y comprobación de dichos delitos. El Código Fiscal de la Federación en su Capítulo II, artículo 92, hasta antes de la reforma de 13 de Mayo de 1996, establecía como requisito de procedibilidad para la persecución del delito contenido en el artículo 115 Bis, la querrela de la autoridad hacendaría, al señalar:

“Artículo 92.- Para proceder penalmente por los delitos fiscales previstos en este capítulo, será necesario que previamente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público:

I. Formule querrela tratándose de los previstos en los artículos ... y 115 bis.”⁷³

En el caso del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita o lavado de dinero, no era necesaria la declaratoria de perjuicio toda vez que no se estableció que fuera necesaria en el caso del artículo 115 Bis del Código Fiscal. Dichos preceptos tienen aplicación en los casos de excepción contemplados en los transitorios Segundo y Tercero del Decreto de reforma de fecha 13 de Mayo de 1996, ya que de conformidad con los mismos, el artículo 115 Bis y las disposiciones relativas al mismo tienen aplicación en los hechos cometidos durante su vigencia.

⁷³ Código Fiscal de la Federación, Sistema Tributario Federal p. 49.

A partir del decreto de reforma antes mencionado y con la entrada en vigencia del artículo 400 Bis del Código Penal Federal, ya no es necesaria la querrela de la autoridad Hacendaría, sino únicamente la denuncia en los casos en que participen Instituciones del Sistema Financiero Mexicano.

De acuerdo con los artículos 113 y 118 del Código Federal de Procedimientos Penales, los requisitos de procedibilidad están la denuncia y la querrela, además de los que establezcan leyes secundarias. La denuncia es necesaria únicamente cuando se trate de delitos perseguibles de oficio.

5.3.1.1 Querrela

Algunos autores señalan que la querrela es una demanda en el procedimiento penal, Osorio y Nieto considera que “es la manifestación de la voluntad de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso se ejercite a la acción penal respectiva.”⁷⁴

En la querrela se contiene la declaración de voluntad para que se promueva y ejercite la acción penal, característica que le es extraña a la denuncia. Constituye un requisito de procedibilidad sin la cual el Ministerio Público no puede ejercitar la acción penal.

5.3.1.2 Denuncia

La denuncia es el “acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de un órgano de autoridad, la verificación o comisión de determinados

⁷⁴ Cesar Augusto Osorio y Nieto, La Averiguación Previa, p. 189.

hechos, con el objeto (rectius, fin) de que dicho órgano promueva o aplique las consecuencias jurídicas o sanciones previstas en la ley o los reglamentos por tales hechos.”⁷⁵

En un sentido más estricto se puede definir a la denuncia como “el acto por medio del cual pone en conocimiento del órgano de la acusación... la comisión de hechos que pueden constituir un delito perseguible de oficio.”⁷⁶

Toda vez que el delito de Operaciones con recursos de procedencia ilícita, a partir de su incorporación en el Código Penal Federal pasó a ser perseguible de oficio, la denuncia solo es requisito de procedibilidad cuando en la comisión de este delito participen instituciones que integren el sistema Financiero. Asimismo es necesaria la denuncia cuando la Secretaría de Hacienda en ejercicio de sus facultades de fiscalización, detecte la posible comisión del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, en este caso la denuncia como requisito de procedibilidad no se circunscribe únicamente a Instituciones del sistema financiero, sino que comprende a toda persona física o moral que con motivo de un procedimiento administrativo fincado en términos del Código Fiscal de la Federación pueda presumirse la existencia del delito.

5.3.1.3 Requisitos de la Denuncia y Querella

La querella y la denuncia pueden ser formuladas en forma verbal o por escrito, en este último caso debe de formularse en términos del ejercicio de petición, por escrito, de manera pacífica, respetuosa, con la obligación para la autoridad de emitir una resolución al respecto y de notificársela al

⁷⁵ Jorge Alberto Silva Silva, Derecho Procesal Pena p. 236.

⁷⁶ Idem.

petionario. En el escrito ya referido deben de describirse los hechos sin calificarlos, se informará al compareciente de la trascendencia de sus actos, de la pena en que incurren los falsos declarantes, escrito que deberá ser ratificado oportunamente, conteniendo nombre, firma y huella digital del compareciente. En los casos de que se formule verbalmente deberá de levantarse un acta cumpliendo los requisitos ya señalados.

5.3.1.4 La Persecución de Oficio

La persecución oficiosa de un delito, puede deberse a su importación o a los bienes jurídicamente tutelados que afectan; aun tratándose de la denuncia requerida en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, es perseguible de oficio. La denuncia que establece el artículo en comento y de acuerdo con las definiciones ya transcritas anteriormente, la misma no necesariamente se realiza por parte ofendida, sino por cualquier persona; por lo que no es necesario determinar en este caso si la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tiene la calidad de ofendido bastando con la formulación de la denuncia, además de que la investigación, integración y comprobación de este delito es realizada por cuenta propia de la autoridad ministerial.

La oficiosidad deriva de la facultad que la ley le concede a la autoridad Ministerial para iniciar por sí mismo una investigación o averiguación sobre hechos de los que tenga conocimiento y que sean presumiblemente constitutivos de delito, sin necesidad de que exista previamente una denuncia o una querrela, es decir, que no se investiga a instancia de parte. Es necesario establecer que el conocimiento de este delito a la autoridad ministerial puede llegar a través de la puesta a disposición de un detenido o a

través de una noticia directa que tenga la autoridad. La oficiosidad de este delito, se puede actualizar ya sea por flagrancia o por descubrimiento.

5.3.1.5 Flagrancia

“El término Flagrancia proviene de *flagrantia*, *flagrantiae*, cuyo significado es arder, brillar, estar flameante, incandescente, y que metafóricamente al pasar al derecho y aplicarse al delito, significa delito resplandeciente, o actualidad del delito.”⁷⁷

El arresto de Flagrancia-apunta Manzini “es el acto con el que una persona es sorprendida mientras está cometiendo un delito o en un estado declarado equivalente por la ley, la priva provisionalmente de su libertad personal un sujeto autorizado, para ponerla a disposición de esa misma autoridad.”⁷⁸

La flagrancia puede dar origen a la detención de una persona sin orden de la autoridad judicial, como lo dispone el propio artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Con motivo de la flagrancia cualquier persona puede realizar la detención del sujeto que comete el delito con la salvedad de que deberá de ponerlo a disposición de la autoridad inmediata y ésta ante el Ministerio Público, con la mayor prontitud posible, una vez puesto a disposición del Ministerio Público, este determinará su situación jurídica ya sea concederle la libertad con la garantía correspondiente, o en su caso ejercitar la acción penal, caso en el cual el Juez debe de ratificar si así lo considera la detención. La flagrancia no siempre supone que el delito cometido sea perseguible de oficio, sino que en algunos casos requiere de la querrela o de la denuncia.

⁷⁷ Ibid p. 502.

5.3.1.6 Descubrimiento

Es la “toma de noticia directa que hace la autoridad por conducto de sus múltiples funcionarios y agentes, aunque no sean policías, ya que todos ellos se intercomunican, situación diferente de la denuncia que puede presentar cualquier gobernado.”⁷⁹

El descubrimiento debe diferenciarse de la flagrancia, pues aunque la flagrancia puede considerarse un especial descubrimiento, resulta que en el descubrimiento no se atiende necesariamente al momento de realización del delito como sí ocurre en la flagrancia.

5.3.2 Procuraduría Fiscal

En el caso del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita al abrigo del artículo 115 Bis del Código Fiscal de la Federación, y en los casos a que se refiere el segundo transitorio del decreto de fecha 13 de Mayo de 1996 publicado en el Diario Oficial de la Federación, la querrela y la denuncia debe de ser presentada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en términos del artículo 92 fracción I del Código Fiscal de la Federación; dicha denuncia o querrela debe de formularla por conducto de la Procuraduría Fiscal de la Federación y ésta a su vez por conducto de la Subprocuraduría Fiscal de Investigaciones.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, presenta su denuncia o querrela a través de la Procuraduría Fiscal de conformidad con el artículo 10 del Reglamento Interno de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, que señala:

⁷⁸ Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Procesal Penal, p. 601.

⁷⁹ Ibid, p.p. 234,235.

“ARTÍCULO 10. Compete al Procurador Fiscal de la Federación:

XXVI. Denunciar o querellarse ante el Ministerio Público Federal de los hechos que puedan constituir delitos de los servidores públicos de la Secretaría en el desempeño de sus funciones, allegándose los elementos probatorios del caso, dando la Intervención que corresponda a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación; así como denunciar o querellarse ante el Ministerio Público competente de los hechos delictuosos en los que la Secretaría resulte ofendida en aquellos en que tenga conocimiento o interés y, cuando proceda, otorgar el perdón legal y pedir al Ministerio Público que solicite el sobreseimiento en los procesos penales.

XXVII. Ejercer en materia penal las facultades que señalen a la Secretaría las leyes que rigen las Instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, a las organizaciones y actividades auxiliares del crédito y al Mercado de Valores, así como las previstas en otras leyes de la competencia de esta Secretaría.

XXVIII. Coadyuvar con el Ministerio Público, en representación de la Secretaría, en los procesos penales en que tenga conocimiento o en aquellos en que tenga interés.”⁸⁰

De conformidad con el precepto transcrito, la Procuraduría Fiscal de la Federación representa a la Secretaría de Hacienda y Crédito en sus intereses, siendo la única Unidad Administrativa facultada por el Reglamento Interno de la Secretaría, para denunciar y querellarse por la comisión de hechos presumiblemente constitutivos de delito.

⁸⁰ Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La Procuraduría Fiscal tiene a su vez la obligación de investigar y allegarse de las pruebas necesarias para acreditar la existencia de los hechos delictivos, de los sujetos del delito y su probable responsabilidad.

5.3.3 La Secretaría de Hacienda y Crédito Público de conformidad con el artículo 400 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales en las operaciones con recursos de procedencia ilícita.

El artículo 400 Bis del Código Penal Federal, establece que cuando la Secretaría, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, deberá de ejercer sus facultades de comprobación y en su caso denunciar los hechos.

Las facultades de fiscalización o de comprobación a que se refiere el artículo 400 Bis del Código Fiscal de la Federación, son la comprobación del cumplimiento de las obligaciones fiscales a cargo de los contribuyentes y de los terceros ajenos a la relación tributaria en materia de impuestos y derechos, sus accesorios y aprovechamientos de carácter federal, a efecto de determinar las contribuciones omitidas o los créditos fiscales, así como para comprobar la comisión de delitos fiscales.

El Código Fiscal de la Federación por su parte establece como facultades de comprobación las siguientes:

a. Solicitar informes a los contribuyentes o terceros, datos, informes o documentos adicionales para aclarar la información contenida en las declaraciones provisionales y complementarias.

b. Rectificar los errores aritméticos, omisiones u otros que aparezcan en las declaraciones, solicitudes o avisos, a través del requerimiento al contribuyente de la documentación que proceda.

c. Revisar la contabilidad de los contribuyentes, a través del requerimiento de datos y documentos.

d. Practicar visitas domiciliarias a los contribuyentes.

e. Revisar los dictámenes formulados por contadores públicos.

f. Practicar visitas domiciliarias para comprobar la expedición de comprobantes fiscales por parte de los contribuyentes, así como para verificar la solicitud de inscripción del Registro Federal de Causantes.

g. Practicar avaluos o verificación física de toda clase de bienes.

Estas facultades de comprobación deberán ejercitarse de acuerdo a los lineamientos establecidos por el propio código fiscal.

5.3.3.1 Coadyuvancia con el Ministerio Público

Dentro de las funciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en la persecución del delito de lavado de dinero o delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, no se encuentra solamente la de formular denuncia o querrela, sino que tiene como derecho el coadyuvar con el Ministerio Público en la persecución de este delito, ya sea en la fase de averiguación previa o en el procedimiento judicial que derive con motivo de la denuncia o querrela presentada. Coadyuvancia que se encuentra prevista por

el artículo 20 Constitucional y artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales.

La coadyuvancia le da el derecho a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, aportar en el procedimiento que se siga, los medios de prueba que tenga a su alcance que ayuden a demostrar los elementos del tipo, la probable responsabilidad y el monto de la reparación del daño, ya sea a través del Ministerio Público o directamente.

En el caso del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, la coadyuvancia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público debe de considerarse como una obligación inexcusable y no de carácter potestativo, que ejercerá a través de la Procuraduría Fiscal.

5.4 Función de la Procuraduría General de la República en el Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita o Lavado de Dinero

La función de la Procuraduría General de la Republica en cualquier delito, es la persecución de los delitos a través del Ministerio Publico y sus auxiliares. Esta función persecutoria se encuentra regulada por el artículo 21 y 102 A de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, que señalan:

“ARTÍCULO 21. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese

impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas.

Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de ingreso.

Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.

La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios se coordinarán, en los términos que la ley señale, para establecer un sistema nacional de seguridad pública.”⁸¹

“Artículo 102 A. La ley organizara al Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva. El Ministerio Público de la Federación estará presidido por un Procurador General de la República, designado por el

⁸¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, p. 11.

Ejecutivo Federal con ratificación del Senado o, en sus recesos, de la Comisión Permanente. Para ser Procurador se requiere: ser ciudadano mexicano por nacimiento; tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación; contar, con antigüedad mínima de diez años, con título profesional de licenciado en derecho; gozar de buena reputación, y no haber sido condenado por delito doloso. El procurador podrá ser removido libremente por el Ejecutivo.

Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y por lo mismo, a él corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas a intervenir en todos los negocios que la ley determine.

El Procurador General de la República intervendrá personalmente en las controversias y acciones a que se refiere el artículo 105 de esta Constitución.

En todos los negocios en que la Federación fuese parte, en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales y en los demás en que deba intervenir el Ministerio Público de la Federación, el Procurador General lo hará por sí o por medio de sus agentes.

El Procurador General de la República y sus agentes, serán responsables de toda falta, omisión o violación a la ley en que incurran con motivo de sus funciones.

La función de consejero jurídico del Gobierno, estará a cargo de la dependencia del Ejecutivo Federal que, para tal efecto, establezca la ley.”⁸²

Por su parte la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en sus artículos 1 y 2, establece que en la procuraduría se integra la institución del Ministerio Público, y que es la encargada de cumplir con los asuntos que le confieren los artículos 21 y 102 de la Constitución, así como el perseguir los delitos del orden Federal, a través de la recepción de denuncias y querellas, practicando todos los actos encaminados a acreditar el cuerpo del delito, la probable responsabilidad para el ejercicio de la acción penal.

En México se ha establecido que el Ministerio Público tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal, con base en el artículo 21 de nuestra Carta Magna, ya que es la única institución que puede perseguir el delito. Al Ministerio Público se le ha definido como “la institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo del ejecutivo, que posee como funciones esenciales las de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, de menores e incapacitados, y finalmente como consultor y asesor de los jueces y tribunales.”⁸³

Las funciones del Ministerio Público, derivadas de las facultades que le confiere la Constitución y la ley Orgánica de la Procuraduría General de la Republica, son las siguientes:

a).- Función instructora, o preventiva. Cuando el Ministerio Público tiene ante si una denuncia o una querella, que contienen hechos presumiblemente

⁸² Ibid, p. 51.

⁸³ Diccionario Jurídico Mexicano p. 2128

constitutivos de delito, realice una investigación al allegarse pruebas tendientes a demostrar el cuerpo del delito, y que con posterioridad son aportadas ante el Juez que siga conociendo de esos hechos.

La función preventiva o preventora, se refiere a que el Ministerio Público tiene la facultad para hacer comparecer ante él a cualquier persona, a esta facultad se le considerado como de imperium, que solo existe mientras la averiguación no ha sido consignada ante la autoridad judicial.

b).- Función de auxilio a víctimas. Se refiere a que el Ministerio Público debe dictar todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas, así como resarcirlo del daño sufrido.

c).- Función aplicadora de medidas cautelares. El Ministerio Público puede dictar y hacer valer las medidas cautelares necesarias para evitar que el sujeto activo del delito se sustraiga de la acción de la justicia o esconda los bienes u objetos del delito, mediante el aseguramiento, el arraigo y la detención en casos de flagrancia o caso urgente.

d).- Función requirente o accionante. Una vez que ha sido promovida la acción, e iniciado el proceso, el Ministerio Público adquiere la calidad de parte en el proceso, aunque algunos autores niegan que tenga tal calidad, y que se convierta en órgano requirente. Comparece así a toda la instrucción judicial instando al tribunal, y comparece asimismo en el juicio o proceso principal, acusando con base en pretensiones concretas.

e).- Función cuasijurisdiccional. "Alcalá- Zamora sostuvo que en el Ministerio Público tal función consiste básicamente en que da su anuencia para que se otorgue el sobreseimiento del proceso que es un medio de

terminación anormal del proceso, señala que el Tribunal solo refrenda lo ya resuelto por el Ministerio Público.”⁸⁴

f).- Función de vigilancia o fiscalizadora. “En la ejecución el sentenciado y el ejecutor no dependen del Ministerio Público, pero éste continua con una función de vigilancia sobre la ejecución. Debe así realizar las diligencias necesarias para que se cumpla la sentencia, gestionando lo necesario para ello, de conformidad con los artículos 529 y 530 del Código Federal de Procedimientos Penales.”⁸⁵

g).- Función de elegir al tribunal competente. Normalmente al promover la acción el Ministerio Público debe recurrir ante el tribunal que la ley le asigna competente, pero en aquellos casos en que existe la duda acerca de cual es el tribunal competente, es el Ministerio Público quien lo decide.

Independientemente de lo anterior, otra de las funciones del Ministerio Público es el ejercicio de la acción penal.

5.4.1 Fase Investigadora

Esta fase comienza con una resolución de apertura de la averiguación previa, también conocida como auto de ad-inquirendum, que es la providencia por la cual se ordenan averiguaciones, y se supone se ha satisfecho el requisito de procedibilidad correspondiente. En la averiguación previa el Ministerio Público realiza una investigación de los hechos tomando declaraciones tanto del ofendido como del probable responsable, recibiendo declaración de testigos, allegándose de pruebas documentales y periciales.

⁸⁴ Jorge Alberto Silva Silva, Derecho Procesal Penal, p. 159.

⁸⁵ *Ibid*, p. 160.

En esta fase el Ministerio Público realiza una investigación anticipada, previa, preliminar o preparatoria a la que habrá de sucederse en la Instrucción judicial, donde se tenderá a la confirmación o rechazo de los datos que originalmente arrojó la averiguación previa.

La función investigadora, suele diferenciarse en el derecho probatorio de la función probatoria, mientras en la investigación se busca conocer, en la actividad probatoria se trata de confirmar el dato afirmado. Igualmente, en la investigación se desconoce el dato, en tanto que en la actividad probatoria se supone conocido el dato o hipótesis, y solo se trata de confirmar o rechazar a través del procedimiento correspondiente.

5.4.2 Ejercicio de la Acción Penal

Se considera a la acción penal como el derecho que incumbe al Ministerio Público en sus funciones como representante de la sociedad, el cual ejercita ante los órganos jurisdiccionales, en la primera fase del procedimiento penal, solicitando la radicación de la causa en contra de un presunto responsable, se decreta el auto de formal prisión, en caso de estar detenido, o la correspondiente orden de aprehensión si ésta fuera de la acción de la justicia, así como la reparación del daño en caso de que se hayan causado a consecuencia de la comisión del ilícito.

El Diccionario Jurídico Mexicano define a la Acción Penal, de la siguiente manera “es la que ejercita el Ministerio Público ante el Juez competente para que se inicie el proceso penal y se resuelva sobre la responsabilidad del inculpado, y en su caso se aplique la pena que corresponda.”⁸⁶

⁸⁶ Diccionario Jurídico Mexicano p. 39.

El artículo 136 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece que corresponde al Ministerio, promover la incoación del proceso penal, solicitar las órdenes de comparecencia o de aprehensión, pedir el aseguramiento de precautorio de bienes para la reparación del daño, rendir las pruebas que acrediten la existencia del delito y la responsabilidad penal del indiciado,

El ejercicio de la acción penal, solo se dará cuando el Ministerio Público tenga reunidos los elementos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y con base en los siguientes presupuestos:

a).- La existencia de un hecho delictuoso, sea que se haya cometido por comisión u omisión, cuya figura típica debe estar contemplada en la ley penal.

b).- Que el hecho se atribuya a una persona física o moral, en este segundo caso, en los términos que para tal efecto prevé la ley;

c).- Que el delito de que se trate merezca pena corporal o alternativa.

En el ejercicio de la acción penal el Ministerio Público deberá de solicitar al Juez que conozco de la causa la incoacción del proceso penal, el aseguramiento de bienes para la reparación del daño, rendir las pruebas que justifiquen la existencia de los hechos delictuosos y de la responsabilidad del inculpado y pedir la aplicación de las penas y sanciones aplicables al delito cometido.

5.4.3 Requerimiento de Informes

En el cumplimiento de su función Investigadora para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, el Ministerio Público puede allegarse de todos los medios de prueba incluyendo los informes de las autoridades, en el caso del delito de operaciones con recursos de procedencia Ilícita se contempla la participación de las Instituciones del sistema financiero, caso en el cual el Ministerio Público debe recabar la información suficiente que le permita determinar la participación de estas instituciones en la comisión del delito, informes que se solicitarán a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, de la Comisión Nacional de del Sistema del Ahorro para el Retiro y los informes de carácter fiscal por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

5.4.4 Evitar la Prescripción de la Acción Penal

La ley solo establece como obligaciones del Ministerio Público realizar la investigación del delito, solicitar la reparación del daño, reunir los elementos de prueba que justifiquen la probable responsabilidad del indiciado, si bien no se establece como obligación suya el evitar la prescripción, es de considerarse que dada la importancia y trascendencia del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita y al ser el representante de la sociedad el Ministerio Público, debe considerarse y establecerse como una obligación inexcusable e ineludible el evitar la prescripción de la acción penal.

La prescripción de la acción penal es la extinción de la acción y de las sanciones establecidas en la ley, por el simple transcurso del tiempo y con las modalidades que la ley establece. En el caso del lavado de dinero el delito es continuo, ya que su ejecución se prolonga en el tiempo ya sea a través de

la realización diversas conductas para lograr su fin o por los efectos que produce, por lo que en este caso la prescripción se actualizará de acuerdo al término medio aritmético de la pena privativa de libertad que señala la ley, sin que pueda ser menor a tres años dicha prescripción, que comenzará a correr a partir de que se realice el último acto, siendo aplicable esta prescripción cuando aun no se ha iniciado el acta de averiguación previa.

La prescripción de la acción penal también puede darse cuando la averiguación ya se ha iniciado, aun en el caso de delitos perseguibles de oficio, siempre y cuando el Ministerio Público deje de actuar en la investigación de los delitos, sin que practique diligencia alguna en el expediente de Averiguación Previa, actualizándose en este caso la prescripción de acuerdo a lo antes señalado.

En el caso del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, el perdón no extingue la acción penal ya que es un delito perseguible de oficio y de acuerdo al contenido del artículo 93 del Código Penal Federal, interpretado a contrario sensu, se desprende que el perdón solo procede en los delitos de querrela.

5.4.5 Obligaciones del Ministerio Público dentro del Procedimiento

En el proceso judicial el Ministerio Público deja de ser autoridad y se convierte en parte, al representar al ofendido dentro de un procedimiento que se sigue ante una autoridad judicial. Dentro del proceso judicial el Ministerio Público tiene como obligación estar presente en todas las diligencias que se practiquen dentro del proceso, ofrecer las pruebas tendientes a acreditar la responsabilidad penal del indiciado, el rendir las conclusiones acusatorias en los términos que establece la ley, solicitando la aplicación de la pena y de las

sanciones establecidas por la ley, como son pena privativa de libertad y en su caso pecuniaria mediante una sanción, y la reparación del daño.

En el caso de que durante el procedimiento se compruebe que la conducta o los hechos imputados son atípicos al delito imputado, que no se pueda demostrar la atribuibilidad de la conducta al indiciado, que se extinguió la acción penal por prescripción, o la existencia de alguna causa excluyente de responsabilidad el Ministerio Público deberá de solicitar el sobreseimiento y la libertad del inculpado.

5.5 El Sujeto Activo del Delito en el Lavado de Dinero

En el delito intervienen dos sujetos, el activo y el pasivo, el primero en cuanto lesiona o pone en peligro los bienes jurídicos de los que es titular el segundo. El sujeto activo del delito según el Diccionario Jurídico Espasa es “la persona que realiza la acción descrita en la figura penal.”⁸⁷ De acuerdo con la doctrina el Sujeto activo es aquella persona que tiene la capacidad intelectual para comprender el alcance las conductas que realice.

La infracción criminal puede ser cometida por una o varias personas, cada una de las cuales puede participar de diversa manera, puede darse la coautoría que se da cuando tienen intervención en el hecho de manera directa varias personas, y la coautoría intelectual cuando una persona induce a otra a cometer el delito, planeando el hecho concreto y el resultado buscado.

Dada la finalidad del lavado de dinero y la instrumentación de los medios para esta actividad, en su comisión pueden existir Autores o Encubridores según la forma y medida en que participa cada sujeto.

⁸⁷ Diccionario Jurídico Espasa p. 945.

5.5.1 Autoría

Autor principal es el que concibe, prepara o ejecuta el acto delictuoso; en cambio, los delincuentes accesorios o cómplices son quienes indirectamente cooperan para la producción del delito.

“Autoría.- Autor es la persona física que realiza la conducta típica, y puede ser material o intelectual.

a. Autor material.- Es quien de manera directa y material ejercita la conducta.

b. Autor intelectual.- Es quien anímicamente dirige y planea el delito.

Coautoría.- Aquí intervienen dos o más sujetos en la comisión de delito.

Complicidad.- La producen las personas que de manera indirecta ayudan a otras a ejecutar un delito.

Autoría mediata.- Existe cuando un sujeto se vale de un inimputable para cometer el delito. El autor será el sujeto imputable, mientras que el medio o instrumento del que se valió el autor para cometer el ilícito será el inimputable.

Instigación.- Consistente en convencer a otra persona a cometer el delito.

Provocación o determinación.- Consiste en utilizar y aprovechar la idea que otra persona tiene, propiciando el reforzamiento para que lo cometa.

Mandato.- Consiste en ordenar a otros que cometan un delito, con beneficio solo de quien lo ordena.

Orden.- Es una especie de mandato, en el que el superior ordena al inferior la realización de un delito en abuso de autoridad.

Coacción.- Se ordena la comisión de un delito, pero con algún tipo de amenaza hacía el sujeto.

Consejo.- Se instiga a alguien para cometer un delito en beneficio del instigador.

Asociación.- Es un convenio que celebran varios sujetos para cometer un delito con beneficio de todos.”⁸⁸

Hay instigación “cuando el sujeto quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar ese hecho a través de la psique de otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo,”⁸⁹ La determinación o provocación se da cuando el sujeto únicamente aprovecha la idea ya existente en otro, realizando actos o procurando consejos, con fuerza de convencimiento para reforzar la idea inicial y orillararlo a la ejecución de delito.

Participación.- Consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.

El artículo 13 del Código Penal Federal, señala a los autores y a los partícipes, estableciendo que tiene tal calidad los que acuerden o preparen su realización, los que lo realicen por sí, los que lo realicen conjuntamente, los que lo

⁸⁸ Irma Griselda Amuchategul Requena, Derecho Penal, p. 104.

⁸⁹ Héctor Solís Quiroga, Sociología Criminal, p. 158.

lleven a cabo sirviéndose de otro, los que determinen dolosamente a otro a cometerlo, los que dolosamente presten ayuda o auxilio a otro para su comisión, los que con posterioridad al delito auxiliien al delincuente en cumplimiento a una promesa hecha con anterioridad al delito y los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

5.5.2 Encubrimiento

El encubrimiento se da cuando una persona presta auxilio al delincuente una vez cometida la conducta delictiva, no hay participación directa en el delito, pero se ayuda al delincuente a evitar la acción de la justicia. Se puede presentar tres situaciones:

a).- Encubrimiento de otro delito, se da cuando se presta ayuda al delincuente de manera posterior a la conducta, pero dicha ayuda ya fue prometida antes de realizarse la conducta delictiva.

b):- Encubrimiento como delito autónomo.- El artículo 400 del Código Penal Federal contempla al encubrimiento como delito, y establece que se da el encubrimiento cuando una persona aunque no haya participado en el delito previo, adquiera, reciba u oculte el producto de aquel, así como cuando se preste auxilio o cooperación de cualquier tipo al autor del delito, oculte al responsable de un delito, los efectos u objetos, se niegue a prestar auxilio a las autoridades en la investigación de un delito y cuando se abstenga de evitar la comisión del delito, siempre y cuando no implique riesgo para sí.

El encubrimiento no se da tratándose de parientes por consanguinidad hasta el cuarto y grado, y por afinidad hasta el segundo.

La asociación delictuosa es un grupo de tres o más personas que se organizan para delinquir, en este caso se castiga por el simple hecho de ser miembro de dicha asociación, independientemente de las penas por los delitos que realizaron en esa asociación.

5.6 El Sujeto Activo del Delito en la Legislación Fiscal

En materia fiscal el sujeto activo de la relación tributaria lo es el Estado, ya que es el único investido de la potestad tributaria que es uno de los atributos de la soberanía, de conformidad con el artículo 31 fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El sujeto pasivo en materia fiscal son las personas físicas o morales, que tienen el carácter de contribuyentes.

Por lo anterior y en lo que corresponde a los procedimientos que ejerza el estado en contra de los contribuyentes a efecto de determinar créditos fiscales y ejerza sus facultades de comprobación, el contribuyente siempre será el sujeto pasivo de la relación; cambiando de sujeto pasivo a activo en cuanto el hecho se denuncia ante la autoridad Ministerial y pasa de la relación tributaria a la posible comisión de un delito.

En la Legislación Fiscal existen diferentes apreciaciones en relación con el sujeto activo que señala el Código Penal, ya que el Código Fiscal Federal tiene por objeto regular las actividades fiscales de las personas físicas y morales, en cuanto al pago de Impuesto, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejores y derechos; mientras que el objeto del Código Penal es de regular la conducta de los individuos, señalando mediante normas abstractas y generales, conductas cuya realización trae aparejada una sanción o pena impuesta al sujeto que la cometa, de ahí la diferencia que exista entre ambas legislaciones en cuanto al sujeto activo.

5.7 El Secreto Financiero en la Investigación del Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita

El secreto bancario, concepto dentro del cual se ha englobado el secreto que las distintas instituciones que integran el Sistema Financiero Mexicano deben de guardar respecto de las operaciones que realizan ante ellos sus clientes, ha llegado a considerarse como el equivalente al secreto profesional, que es el deber de guardar discreción sobre la información que una persona aporta o entrega a un profesionista, para la defensa de un derecho o protección de sus bienes. Así, el secreto bancario se ha considerado también como una obligación derivada del contrato que celebra el cliente con la institución bancaria, que si bien no se establece en cada contrato es una cláusula tácita, que se sobre entiende establecida ya que la información aportada se entrega para obtener el servicio solicitado.

Esta cláusula tácita del secreto bancario, se entiende pactada ya que de la discreción del banquero depende el mantenimiento de esa relación contractual, ya que proporcionar información sobre la situación financiera de su cliente puede poner en riesgo su patrimonio.

El Secreto bancario en México no solo es de este tipo, ya que existen diversos cuerpos legales que regulan el secreto en materia de fianzas, en materia bursátil y fiscal, entre otros.

5.7.1 Secreto Bancario

La obligación de las instituciones de crédito, como es el caso de los bancos, de guardar secreto sobre las operaciones que realicen ante ellos sus clientes,

se encuentra regulada por la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 117.

Las operaciones que se protegen con el secreto bancario, son todas aquellas que se puedan realizar ante una Institución de crédito, estableciendo que solo se podrá dar información de una operación al depositante, deudor, titular o beneficiario, sus representante legales, apoderados con poder especial para disponer de la cuenta o intervenir en la operación o servicio. Dicho secreto tiene como limitante aquellos casos en que la autoridad requiera el informe de alguna operación, siempre y cuando el titular o cliente de la Institución sea parte o acusado, es decir, que en este caso no se limita a que el informe sea requerido en un proceso penal, sino que puede ser requerido por un Juez civil o familiar, entre otros, también en aquellos casos en que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público los requiera.

A efecto de evitar el lavado de dinero, el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para dictar medidas y procedimientos para prevenir y detectar en las instituciones de crédito y sociedades financieras de objeto limitado, actos u operaciones que puedan considerarse cometidas con recursos de procedencia ilícita, dichas medidas pueden ser las siguientes:

La obligación de las instituciones de rendir informes sobre las operaciones y servicios que realicen con sus clientes y usuarios, debe de incluir lo siguiente:

a). Identificación de los clientes y usuarios que realicen operaciones o hagan uso de los servicios de las Instituciones y sociedades mencionadas. Teniendo la obligación de recabar sus condiciones específicas y actividad

económica o profesional, los montos, frecuencia, tipos y naturaleza de las operaciones y los instrumentos monetarios con que las realicen y su relación con las actividades de clientes o usuarios, las piezas en que operen y las prácticas comerciales y bancarias que priven en las mismas.

b).- La capacitación de su personal.

c).- La implementación de medidas de seguridad en el manejo de las operaciones de las propias instituciones.

De las obligaciones antes mencionadas se derivan las siguientes:

I. Identificación de los clientes que realicen operaciones en instrumentos monetarios por valor superior a diez mil dólares o sus equivalentes. La identificación a través de la solicitud de cualquier documento oficial, guardando copias del mismo. Tratándose de personas morales recabando la documentación corporativa correspondiente y de sus representantes.

En el caso de que las operaciones sean permanentes y continuas guardando una relación de las operaciones realizadas.

II. Reporte de operaciones sospechosas, para lo cual deberán de elaborar manuales de operación donde se establezcan las bases para considerar sospechosa una operación, los cuales deben de ser autorizados por la Procuraduría Fiscal de la Federación; asimismo deberán de informar en un plazo no mayor de veinte días a la Procuraduría Fiscal de las operaciones catalogadas como sospechosas.

III. Reporte de operaciones relevantes, entendiéndose por ellas aquellas que se realicen con un instrumento monetario por una suma igual o superior al equivalente de diez mil dólares, que deberá de darse en un plazo de veinte días posteriores al cierre trimestral en que suceda.

5.7.2 Secreto Fiscal

En materia fiscal y de acuerdo con el artículo 69 del Código Fiscal de la Federación, la Secretaría, sus empleados o personal oficial tienen la obligación de no revelar a persona alguna o autoridad la información que obtengan de los contribuyentes con motivo de sus declaraciones y datos suministrados por ellos o terceros obtengan, así tampoco podrán hacer revelar la información que obtengan en el ejercicio de sus facultades de comprobación.

La obligación de no revelar información de los contribuyentes por parte de la autoridad fiscal, tiene como límite aquellos casos que señalen las leyes fiscales, cuando las autoridades fiscales encargadas de la defensa de los intereses fiscales las requieran para su objeto. Asimismo debe de ser proporcionada en aquellos casos en que las autoridades judiciales penales las requieran con motivo de algún proceso que se ventila ante ellas, o en el caso en que sean necesarias para determinar una pensión alimenticia.

La obligación de la autoridad fiscal de guardar el secreto respecto de las actividades, ingresos, utilidad fiscal o valor de las contribuciones acreditables hechos por algún contribuyente, puede realizarse sin necesidad de requerimiento de autoridad judicial, siempre y cuando exista acuerdo del Secretario de Hacienda y Crédito Público.

5.7.3 Secreto Fiduciario

Este secreto al igual que el bancario se encuentra regulado por la Ley de Instituciones de Crédito, y es únicamente aplicable a los casos de contratos de Fideicomiso.

En cuanto a los contratos de Fideicomiso la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 118, establece que solo se podrá dar información a las autoridades o Tribunales, en juicios o reclamaciones entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra las instituciones o viceversa.

5.7.4 Secreto Bursátil

El secreto bursátil, se regula por la Ley del Mercado de Valores, establece que las casas de bolsa no podrán dar informes de operaciones que realicen, con la excepción de que la solicite el cliente de cada operación, por sí o por su representante legal.

El secreto bursátil no opera en aquellos en que los informes sean solicitados por la autoridad judicial, siempre y cuando el requerimiento de informe haya sido dictado en juicio en el que el cliente sea parte o acusado, y por las autoridades competentes.

Este secreto únicamente es aplicable a las casas de bolsa, más no sus agentes, quienes tienen obligación de rendir informes sobre las operaciones que realicen a las autoridades fiscales.

5.7.5 Secreto en Materia de Fianzas

La ley Federal de Instituciones de Fianzas, prevé que las instituciones encargadas de prestar este servicio no podrán bajo ningún supuesto revelar la información que obtienen de los solicitantes de garantías o contra garantías, aun cuando se refieran a infracciones de leyes penales, ya que se considera que la información solicitada y obtenida tiene un fin legítimo para proteger el interés público (artículo 126 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

5.7.6 Secreto en Materia de Agrupaciones Financieras

La Ley para regular las Agrupaciones Financieras, tiene por objeto establecer las normas bajo las cuales las entidades del sistema financiero pueden integrarse para formar grupos financieros, con esta ley se creó un nuevo tipo de empresa auxiliar del sistema financiero la Sociedad de Información Crediticia o mejor conocida como buró de crédito, que se encarga de realizar una relación crediticia de los clientes de las Instituciones que conforman el sistema financiero, teniendo como fin primordial comprobar si tal o cual persona es sujeto de crédito.

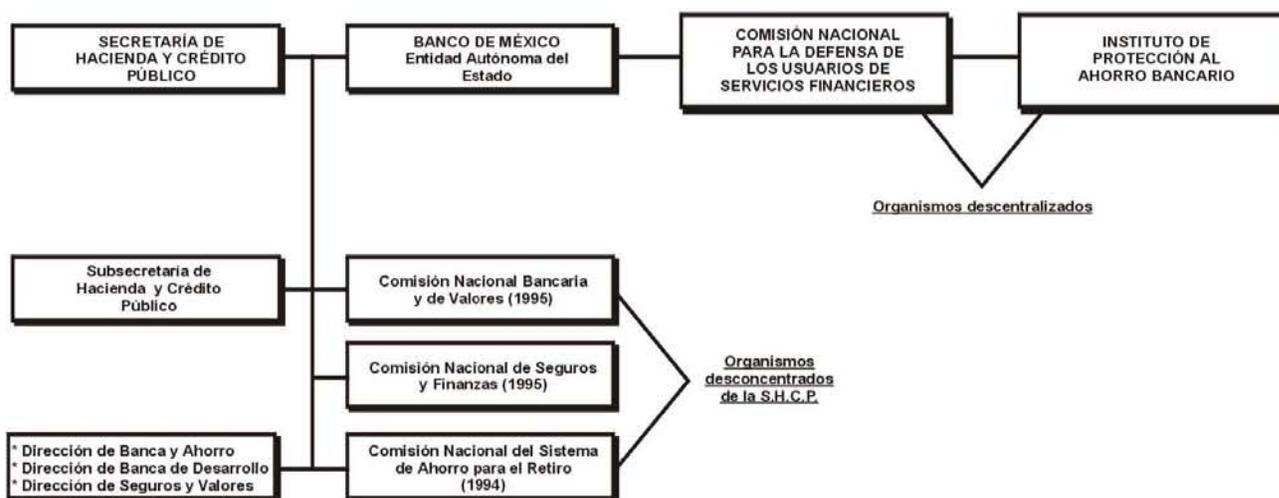
El secreto en cuanto a agrupaciones Financieras se refiere, se rige por las mismas disposiciones que el secreto bancario.

5.8 Autoridades del Sistema Financiero Mexicano

El sistema Financiero Mexicano se define como el conjunto de: autoridades que lo regulan y supervisan; entidades financieras que intervienen generando, captando, administrando, orientando y dirigiendo tanto el ahorro como la inversión; instituciones de servicios complementarios, auxiliares o de

apoyo a dichas entidades; de agrupaciones financieras que prestan servicios integrados; así como otras entidades que limitan sus actividades a información sobre operaciones activas o prestar servicios bancarios con residentes en el extranjero.

Las autoridades del sistema financiero, son:



5.8.1 Secretaría de Hacienda y Crédito Público

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público de Conformidad con el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, es la encargada de Planear, Coordinar, Evaluar y Vigilar el Sistema Financiero Mexicano, a través de la expedición de:

- 1.- Reglamentos Orgánicos de las Instituciones de Banca de Desarrollo.
- 2.- Reglas para la constitución y Funcionamiento de grupos financieros.
- 3.- Lineamientos para las Instituciones de Banca Múltiple.

4.- Otorga autorización para el funcionamiento de Intermediarios Financieros.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público se encarga de supervisar a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, Comisión Nacional de Seguros y Fianzas y a la Comisión del Sistema del Ahorro para el Retiro.

5.8.2 Comisión Nacional Bancaria y de Valores

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores, fue creada por la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 28 de Abril de 1995. Tiene como objeto supervisar y regular a las entidades financieras, a fin de:

- A. Procurar su estabilidad y correcto funcionamiento; y
- B. Mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo del sistema Financiero en su conjunto, en protección a los Intereses del Público.
- C. Supervisar y Regular a las personas físicas y morales, cuando realicen actividades previstas en las leyes relativas al citado sistema financiero.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores es un órgano desconcertado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con autonomía técnica y facultades ejecutivas; con subordinación jerárquica a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Entre sus facultades tiene las de:

- a. Consulta. En materia financiera es consultada por el Gobierno Federal.
- b. Elaborar y publicar estadísticas. Instrumento para promover transparencia y disciplina de las entidades y mercados financieros.
- c. Ejecución. Otorga autorizaciones, aprobación, suspensiones, sanciones administrativas y veto, a las Instituciones Financieras.
- d. Proteger los Intereses del público. El secreto bancario y bursátil, guardias en caso de huelga bancaria.
- e. Asistencia. A instituciones supervisoras y reguladoras de otros países.
- f. Carácter Laboral. Supervisar el funcionamiento y desempeño de los empleados en aquellas instituciones en que el Gobierno llegue a tener el control accionario.
- g. Imposición de medidas correctivas. Aplicación de un programa correctivo de cumplimiento forzoso, Intervención administrativa para constatar irregularidades administrativas, intervención gerencial para garantizar la estabilidad y solvencia.
- h. Sanción. Imponer sanciones administrativas a entidades y personas sujetas a supervisión.

i. Llevar el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. Registra los valores y también los emisores.

j. Celebrar convenios. Con organizaciones nacionales e internacionales con funciones de supervisión y regulación similares a la comisión.

k. Intervenir sorteros. Emisión, sorteos y cancelación de títulos o valores de las entidades.

l. Conocer y resolver recurso de revocación. Cuando se interponga en contra de las sanciones aplicadas.

5.8.3 Comisión Nacional de Seguros y Fianzas

La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas se creó mediante decreto publicado el 3 de Enero de 1990 en el Diario Oficial de la Federación, es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El objetivo de esta comisión es garantizar al público usuario de seguros y fianzas, que los servicios y actividades que las entidades realizan, se apeguen a lo establecido por las leyes.

La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas supervisa a las Instituciones de Seguros, Sociedades Mutualistas de Seguros, Afianzadoras, Agentes de Seguros y Fianzas, Sociedades de servicios complementarios o auxiliares de las operaciones de seguros, en cuyas acciones participen instituciones de seguros, Reaseguradoras e Intermediarios de Reaseguros.

Tiene como facultades las de supervisión, inspección, vigilancia, consulta, estadística, control, sanción y regulación.

5.8.4 Comisión Nacional del Sistema del Ahorro para el Retiro

La Comisión Nacional del Sistema del Ahorro para el retiro, conocida por sus siglas como CONSAR se crea con base en la Ley para la Coordinación de los Sistemas de Ahorro para el Retiro publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de Junio de 1994. La CONSAR tiene como objetivo la coordinación, regulación, supervisión y vigilancia de los sistemas de ahorro para el retiro.

La Comisión Nacional del Sistema del Ahorro para el retiro, inspecciona y vigila a las administradoras de fondos de ahorro para el retiro (AFORE´s), sociedades de inversión especializadas de fondos de ahorro para el retiro (SIEFORE´s), a las instituciones de crédito y de seguros en lo que se refiere a la participación que tienen en el sistema del ahorro para el retiro, así como a toda institución que de cualquier manera participen en los referidos sistemas.

Las facultades de la Comisión Nacional del Sistema del Ahorro para el retiro , son las siguientes:

a. Supervisión. A través de la Inspección y vigilancia de las Instituciones financieras que participen en los sistemas de ahorro para el retiro.

b. Normatividad. Expide disposiciones generales de los sistemas y de los participantes, así como expedir para estos últimos, la regulación prudencial a que se sujetaran establece el número o clave de identificación y demás características de las cuentas individuales, así como las reglas respecto del régimen de comisiones al que deban de sujetarse las empresas operadoras de la bolsa de datos nacionales.

c. Otorga o revoca las autorizaciones o concesiones de las AFORES y SIEFORES.

d. Coadyuva con los Institutos de Seguridad Social en la fiscalización de la obligación de realizar enteros de las cuotas y aportaciones.

e. Imposición de sanciones por el incumplimiento a la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.

f. Protección de los intereses del público. La realiza la Comisión Nacional para la Protección de los Usuarios de Servicios Financieros

g. Celebra convenios de asistencia Técnica con los Institutos de Seguridad Social, así como con la Comisión Nacional para la Protección de los Usuarios de Servicios Financieros.

h. Administra y opera la base nacional de datos del SAR.

i. Órgano de consulta. La CONSAR es el órgano de consulta de las dependencias y entidades públicas en todo lo relacionado a los sistemas de ahorro para el retiro.

5.8.5 Banco de México

El Banco de México se crea mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de Diciembre de 1993, que entró en vigor el 1 de Abril de 1994.

El Banco de México es una persona de derecho público con carácter autónomo, ya que no forma parte de la administración Pública Federal,

Centralizada y Paraestatal. La autonomía de BANXICO radica en que no depende del estado en sus funciones y administración ya que depende de una Junta de Gobierno y el Gobernador del Banco de México es electo por la Junta de Gobierno del propio banco sin la intervención del Legislativo.

El Banco de México tiene como finalidad la siguiente:

- a. Proveer a la economía del país de moneda nacional; procurando la estabilidad del poder adquisitivo de dicha moneda.
- b. Promover el sano desarrollo del sistema financiero.
- c. Promover el buen funcionamiento de los sistemas de pago.

En cuanto al sano desarrollo del sistema financiero, regula la intermediación de los servicios financieros, opera como acreedor de última instancia para las Instituciones de Crédito, celebra operaciones con entidades financieras, Impone sanciones.

En cuanto al funcionamiento del sistema de pagos, actúa como participante directo suministrando billetes y monedas que se ponen en circulación, y canje de las mismas, realiza también funciones de vigilancia. Como regulador, expide disposiciones.

5.8.6 Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros

La Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), fue creada por la Ley de Protección y Defensa al Usuario de

Servicios Financieros, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de Enero de 1999, que entro en vigencia noventa días después de su publicación.

La CONDUSEF es un organismo Público Descentralizado con personalidad jurídica propia y patrimonio propios. De conformidad con el artículo 10 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, la CONDUSEF tiene autonomía técnica para dictar resoluciones y laudos, y facultades de autoridad para imponer sanciones previstas en la ley.

En términos del artículo 5 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, la CONDUSEF, tiene por objeto:

a. Promover, asesorar, proteger y defender los intereses de los usuarios, de operaciones de inversión, de cheques y de ahorro, contratos de crédito, cuentas de ahorro para el retiro, prima de seguro, etc.

b. Actuar como conciliador y árbitro en los conflictos que estos sometan a su jurisdicción.

c. Proveer a la equidad en las relaciones entre estos y las Instituciones financieras.

El usuario es toda persona que contrata o utiliza un producto o servicio financiero ofrecido por alguna Institución financiera.

La CONDUSEF no puede defender al Usuario, en reclamaciones derivadas de las tasas de interés que se pacten entre el usuario y la Institución, en malos resultados, producto de condiciones macroeconómicas adversas, en aquellos asuntos derivados de políticas internas o contractuales

de las Instituciones Financieras y que no sean notoriamente gravosas o desproporcionadas para los usuarios.

5.9 El Sistema Financiero Mexicano como Instrumento para el Lavado de Dinero

El Sistema Financiero Mexicano se compone de todas las instituciones encargadas del crédito en nuestro país, públicas o privadas, cualquiera que sea su naturaleza, algunas de ellas con mayor regulación y vigilancia que otras, por lo que si a través de estas instituciones circula la mayor parte del circulante del país, resulta el lugar más idóneo para ocultar grandes cantidades de dinero o bienes, por lo que los operadores o lavadores tienen como objetivo ingresar sus ganancias a este sistema, el cual no solo usan para ocultar sus bienes o recursos, sino que es el mejor medio para trasladarlo de un lugar a otro, es por eso que nuestro sistema pudiera considerarse como un rehén de los lavadores, dicho sistema se integra por diversas instituciones como se señalara más adelante.

5.9.1 Instituciones Bancarias

El tratadista Miguel Acosta Romero en su obra derecho Bancario define al Banco “como una Sociedad Mercantil (SNC o SA) que cuenta con autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para llevar a cabo en forma permanente, profesional y masiva cierto tipo de operaciones de crédito permitidas por la ley, o una combinación de ellas, y Banca es la actividad realizada en esos términos, o abarca genéricamente al conjunto de bancos o instituciones que en un país llevan a cabo la importante función de intermediar en el crédito.”⁹⁰

⁹⁰ Miguel Acosta Romero, Derecho Bancario, p. 247.

De acuerdo con el artículo 2 de la Ley de Instituciones de Crédito, el servicio de banca y crédito es la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público.

Como instituciones de crédito en nuestro país de acuerdo con la Ley de Instituciones de Crédito, únicamente se contempla el servicio de banca y crédito, que puede ser de banca múltiple o de banca de desarrollo.

Las Instituciones de banca múltiple de acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Instituciones de Crédito, son sociedades anónimas de capital fijo, organizadas de acuerdo con la Ley de General de Sociedades Mercantiles, requieren autorización del Gobierno Federal, otorgada a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con intervención del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria.

Las Instituciones de Banca de Desarrollo de acuerdo con el artículo 30 de la Ley General de Instituciones de Crédito, son entidades de la administración pública federal, con personalidad y patrimonio propios, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito.

Las principales operaciones que realizan las instituciones bancarias, de conformidad con el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito, son las siguientes:

- a).- Recibir depósitos bancarios de dinero
- b).- Aceptar prestamos y créditos
- c).- Efectuar descuentos y otorgar créditos

d).- Expedir tarjetas de crédito

e).- Operar fideicomisos

f).- Constituir depósitos en instituciones de crédito y entidades financieras del exterior

g).- Expedir cartas de crédito

El servicio de banca, es un servicio de Intermediación en el cual un individuo del público que tiene la calidad de depositante o inversionista, coloca recursos en el banco, que a su vez le generan un interés, así como el pago de comisiones por las operaciones que realice ante el propio banco con los medios que le son proporcionados como son tarjetas de crédito, chequera, banca electrónica, etc. El banco con los recursos captados del público que es el cliente, ofrece diversos servicios como es el otorgamiento de créditos a través de tarjetas de crédito, Hipotecas, entre otros; el sujeto de crédito a su vez paga los intereses pactados en el contrato de apertura. El banco se convierte a su vez en deudor del cliente, al recibir el depósito de dinero.

Las instituciones de banca de desarrollo buscan fomentar el desarrollo de determinados sectores de la economía, destinando recursos a intermediarios financieros para que estos a su vez lo derramen al acreditado final. Tienen objetivos de tipo social ya que los recursos provienen del estado, no tienen fines de lucro, no buscan la obtención de utilidades, sin embargo deben de ser autofinanciables.

5.9.2 Instituciones de Seguros

“Las instituciones de seguros son sociedades anónimas de capital fijo o variable, autorizados discrecionalmente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para obligarse mediante el pago de una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato, funcionaban como tenedoras de riesgo.”⁹¹

A la función de retirar recursos del público en la forma de primas, provocando un ahorro, y colocarlo financieramente se le denomina una intermediación financiera, pero no una intermediación como la de la banca, porque no está causando un pasivo directo o contingente que obligue a la aseguradora, a devolverle el principal e intereses a su deudor, lo que sí sucede con la banca.

La contraprestación que prestan las aseguradoras es de protección contra futuras pérdidas económicas, ya sea en los bienes materiales o cubrir indemnizaciones por fallecimiento; así como fomentar el ahorro, la seguridad de que en el momento en que se llegue a actualizar un daño, entonces sí se obliga a resarcir el mismo.

Las instituciones de seguros pueden asegurar vida, accidentes y enfermedades dentro de las que se comprenden accidentes personales, gastos médicos y salud, daños en caso de responsabilidad civil y riesgos profesionales, marítimos y transportes, incendio, agrícola y de animales, automóviles, Crédito, terremoto y otros riesgos catastróficos.

⁹¹ Jesús de la Fuente Rodríguez, Tratado de Derecho Bancario y Bursátil, p. 623.

El seguro se otorga a través de un contrato o póliza, en el cual se establecen los derechos y las obligaciones tanto del asegurado como de la aseguradora. En el contrato de seguro, asimismo se establece los bienes, riesgos y daños asegurados, la prima pagada, el monto de la póliza o el límite de la obligación asegurada.

5.9.3 Instituciones de Fianzas

Las Instituciones de fianzas son sociedades anónimas de capital fijo o variable autorizadas discrecionalmente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para otorgar habitualmente fianzas a título oneroso, a través de un contrato, que se denomina de fianza, por el que garantizan por un tercero el cumplimiento de una obligación, en caso de que éste no la realice.

La institución de fianza garantiza a una persona que cuando su deudor no cumpla, dicha entidad lo va a hacer, y para este efecto, exige una serie de contra garantías, y por su servicio cobra una prima.

Las instituciones de Fianzas pueden realizar operaciones de fianzas y reafianzamiento, constitución e inversión de las reservas, constituir depósitos en Instituciones de crédito y actuar como Fiduciaria, entre otras.

Las compañías de fianzas antes de prestar su garantía mediante la expedición de una póliza de fianza, analizan la obligación a garantizar, la posibilidad de que su fiado cumpla con la obligación pactada y que las garantías otorgadas satisfagan la obligación a garantizar. Asimismo constituyen reservas técnicas para el caso de que se presente alguna reclamación por el beneficiario de la póliza, suficiente a cubrir el monto del reclamo.

En el contrato o póliza de fianza la afianzadora se compromete a cubrir la obligación garantizada, por el total o parte del importe garantizado, en el caso de incumplimiento del fiado en la obligación pactada con el beneficiario en un contrato principal y establecida en la propia póliza de fianza, ya sea por incumplimiento total de la obligación, por vicios ocultos, por incumplimiento en el plazo pactado, por incumplimiento en la calidad o ejecución de la obra. De acuerdo con el artículo 2794 del Código Civil, “la fianza es un contrato por medio del cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si este no lo hace.”⁹²

Las Fianzas pueden ser de Fidelidad, Judiciales, Generales o Administrativas y de Crédito.

Fianzas de Fidelidad. Garantizan el pago de la responsabilidad civil de origen delictuoso, en que puede incurrir un empleado por la comisión de un delito en contra de su patrón. Esta fianza es deducible de impuestos y garantiza robo, abuso de confianza, fraude y peculado.

Fianza judicial. Garantizan obligaciones o actos en un procedimiento judicial o derivado de resoluciones judiciales. Estas fianzas pueden ser de: daños, perjuicios, demandas laborales y pensión alimenticia.

Fianzas generales o administrativas. Son aquellas que se derivan de la celebración de un contrato, pedido u orden, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la obligación garantizada.

Fianzas de crédito. Éstas garantizan obligaciones de pago.

⁹² Código Civil, p. 218.

Las pólizas de fianza solo pueden cobrarse cuando el fiado incumple la obligación garantizada en la propia póliza, por el beneficiario, siempre y cuando se encuentre en el plazo de vigencia pactado y el motivo de la reclamación se haya establecido en el respectivo contrato.

5.9.4 Almacenes Generales de Depósito

Los Almacenes Generales de Depósito es una organización auxiliar del crédito, que tiene por objeto el almacenamiento, la guarda o conservación, manejo, control, distribución o comercialización de bienes o mercancías bajo su custodia o que se encuentren en tránsito, son sociedades anónimas autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Los bienes dados en custodia en este tipo de almacenes, se amparan mediante certificados de depósito que pueden ser negociables o bonos de prenda. Los primeros están destinados a servir como instrumento de enajenación, transfiriendo a su adquiriente los mencionados derechos; mientras que los segundos incorporan un crédito prendario sobre las mercancías amparadas por dichos certificados y confieren, por sí mismos, los derechos y privilegios de la prenda.

Los Almacenes Generales de depósito autorizados como depósito fiscal pueden otorgar financiamiento con garantía en los bienes que reciben, pueden transformar, reparar y ensamblar mercancías que tienen bajo su custodia para aumentar su valor, con la limitante de que no pueden afectar su naturaleza. La labor de depósito fiscal consiste en recibir mercancías provenientes del exterior, sin el previo pago de los derechos arancelarios correspondientes; es decir, pueden almacenar mercancías importadas al país, sin el pago inmediato de los derechos de aduana correspondiente.

Los almacenes de depósito pueden recibir bienes o mercancías de cualquier clase, depósitos destinados al régimen fiscal, otorgar financiamientos con base en los depósitos que hagan ante ellos. Cuando los bienes que tenga en depósito un almacén bajen de precio estos podrán proceder a su venta en almoneda pública previo avalúo realizado por Corredor Público, y petición del tenedor del título.

5.9.5 Arrendadoras Financieras

Las arrendadoras financieras son sociedades anónimas, autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para realizar la actividad de arrendamiento financiero.

Las arrendadoras Financieras, pueden celebrar contratos de arrendamiento Financiero, adquirir bienes para darlos en arrendamiento Financiero, obtener prestamos y créditos para realizar su objeto social de entidades nacionales o del exterior, descontar, dar en garantía o afectar los contratos de arrendamientos que tenga celebrados, asimismo pueden adquirir bienes inmuebles para sus oficinas.

De conformidad con el artículo 25 de la Ley de Organizaciones Auxiliares de Crédito, el arrendamiento Financiero, es un contrato por medio del cual la arrendadora Financiera, se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, a una persona física o moral, obligándose ésta a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad de dinero determinada o determinable, que cubre el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios, y adoptar al vencimiento del contrato, alguna de las siguientes opciones:

a).- La adquisición del bien materia del arrendamiento a un precio menor del de adquisición o del valor de mercado a la fecha de compra.

b).- A prorrogar el plazo para continuar en el uso o goce temporal del bien, con una renta menor a la que venía pagando.

c).- A participar con la arrendadora Financiera en la venta del bien.

De acuerdo con el contrato de arrendamiento financiero el arrendatario debe señalar el proveedor, la cosa a arrendar, así como sus características que sirvan para determinarlo correctamente. El arrendamiento es una especialidad del servicio financiero, con el cual las empresas tienen la posibilidad de obtener un crédito para financiar activos en lugar de adquirirlos y con ello, propiciar flujos de capital de trabajo a las mismas, ya que no implica una inversión esencial por parte del usuario. Los recursos que las arrendadoras afectan en la realización de sus operaciones, no son recursos captados del público, sino que son recursos propios o de terceros institucionales que operan como prestamistas profesionales.

Para el caso de incumplimiento del arrendatario la arrendadora está facultada para solicitar judicialmente la posesión de los bienes y el pago del arrendamiento. Las arrendadoras financieras no pueden recibir depósitos bancarios de dinero, otorgar fianzas o cauciones y adquirir bienes, títulos o valores, mobiliario o equipo que no sea destinado para el uso de sus oficinas.

5.9.6 Sociedades de Ahorro y Préstamo

Las Sociedades de Ahorro y Préstamo de conformidad con el artículo 38-A de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, son

personas morales, con patrimonio y personalidad jurídica propia, de capital variable, no lucrativas, de responsabilidad limitada, de duración indefinida y autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para la captación de recursos.

Estas sociedades tienen por objeto la captación de recursos exclusivamente de sus socios, quedando la sociedad obligada a cubrir el principal y sus accesorios, se integran por personas físicas. La colocación de los recursos se hace entre los propios socios o en inversiones en beneficio mayoritario de los socios.

Las operaciones que pueden realizar estas sociedades son las siguientes:

a. Recibir depósitos de dinero únicamente de sus socios y de menores, dependientes económicamente de estos. Los depósitos pueden ser a la vista, de ahorro, retirables en días preestablecidos y a plazo fijo. Pueden determinar libremente, los montos y saldos mínimos que estén dispuestas a recibir y mantener en depósito.

Los pasivos podrán ser invertidos en Instrumentos gubernamentales y títulos bancarios, cuyo pago no exceda de 91 días a créditos; así como en créditos y otros activos en moneda nacional .

b. Establecer un seguro que cubra a los beneficiarios del socio, por un monto que varía entre dos y cuatro veces la cantidad ahorrada, además del saldo de cualquier préstamo contratado por la caja.

Este tipo de sociedades tiene prohibido recibir depósitos a la vista en cuenta de cheques, dar en garantía sus propiedades, dar en prenda o negociar títulos o valores de su cartera crediticia, operar con títulos representativos de su capital, otorgar fianzas y cauciones, participar en el capital de otra sociedad de ahorro y préstamo, conceder créditos distintos de los de su objeto social.

5.9.7 Sociedades Financieras de Objeto Limitado

Las Sociedades Financieras de Objeto limitado son las personas morales autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, oyendo la opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y del Banco de México, para captar recursos provenientes de la colocación de instrumentos inscritos en el Registro Nacional de Valores Intermediarios y otorgar créditos para determinada actividad o sector como pudiera ser el de construcción y vivienda, micro, pequeña y mediana empresa y consumo.

Estas sociedades pueden realizar las siguientes operaciones:

A. La emisión de valores a mediano y largo plazo, para allegarse de recursos a través de:

- Pagare financiero de mediano plazo;
- Obligaciones hipotecarias, quirografarias y subordinadas;
- Bonos de mediano y largo plazo; y
- Papel comercial a corto plazo.

Pueden obtener créditos de entidades financieras del país y del extranjero, los cuales coloca entre sus clientes.

B. Pueden otorgar:

- Créditos al consumidor,
- Créditos comerciales,
- Créditos hipotecarios,
- Créditos a la pequeña y mediana empresa; y
- Servicios de tarjeta de Crédito.

C. Complementarias:

- Invertir sus recursos líquidos en instrumentos de captación de entidades financieras, así como en instrumentos de deuda de fácil realización;

- Adquirir los bienes muebles e inmuebles necesarios para la realización de su objeto; y

- Las análogas y conexas que autorice el Banco de México.

D. Otros ingresos:

- Intereses cobrados;

- Comisiones anuales;
- Comisiones a los comercios; y
- Otras comisiones.

5.9.8 Uniones de Crédito

“Las Uniones de Crédito son sociedades anónimas de capital variable, autorizadas discrecionalmente por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, para servir a sus socios como medio de obtención y canalización de recursos financieros, satisfacer necesidades productivas de insumos de sus agremiados y hacer más eficientes sus procesos organizativos y administrativos.”⁹³

De conformidad con el artículo 40 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de crédito, las uniones de crédito pueden realizar las siguientes actividades:

- I. Facilitar el uso de crédito a sus socios y prestar su garantía o aval.
- II. Recibir prestamos de sus socios, de Instituciones de crédito, seguros y fianzas.
- III. Emitir títulos de crédito con excepción de obligaciones subordinadas.
- IV. Practicar con sus socios operaciones de descuento, préstamo y crédito.

V. Descontar, dar en garantía o negociar títulos de crédito y afectar los derechos provenientes de contratos de financiamiento que realicen.

VI. Recibir depósitos de sus socios.

VII. Adquirir acciones y obligaciones.

VIII. Tomar a su cargo o contratar la construcción o administración de obras propiedad de sus socios para uso de los mismos, cuando esas obras sean necesarias para el objeto directo de sus empresas, negociaciones o industrias;

IX. Promover la organización y administración de empresas industriales o comerciales.

Las Uniones de Crédito pueden operar en las ramas económicas en que se ubiquen sus socios. Dichas uniones pueden negociar mejores condiciones crediticias con los bancos y obtener crédito con mayor oportunidad; contribuir a la capitalización de sus asociados; resolver problemas en relación con la falta de garantías; integrar estructuras técnicas propias; apoyar a sus sociedad en la adquisición de materias primas, insumos y maquinaria, así como realizar acciones conjuntas en materia de industrialización y comercialización de sus productos.

5.9.9 Empresas de Factoraje Financiero

“La palabra Factoraje proviene del latín facio = factor, facere = el que hace, y en una de sus principales acepciones se define como hacer cosas. En el Diccionario de la Real Academia Española, se dice del factor:

⁹³ Jesús de la Fuente Rodríguez, Op. cit . p. 675.

Agente comercial encargado de hacer compras y ventas, el que hace una cosa; entre comerciantes, apoderado con mandato más o menos extenso para traficar en nombre y por cuenta del poderdante o para auxiliarle en los negocios.”⁹⁴

El artículo 45 A de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, establece que el factoraje financiero es aquella actividad en la que mediante contrato que celebre la empresa de factoraje financiero con sus clientes, personas morales o personas físicas que realicen actividades empresariales, la primera adquiera de los segundos derechos de crédito relacionados a proveeduría de bienes, de servicios o de ambos, con recursos provenientes de las operaciones pasivas autorizadas por dicho precepto.

Estas empresas de factoraje solo pueden realizar contratos de factoraje financiero, Obtener prestamos o créditos de instituciones de crédito, de seguros y fianzas, emitir obligaciones subordinadas, descontar, dar en garantía o negociar títulos de crédito, prestar servicios de administración y cobranza de derechos de crédito, entre otros.

Las empresas de factoraje financiero, son aquellas sociedades anónimas, autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para Financiar cuentas por cobrar brindándole la posibilidad al usuario de recuperar anticipadamente dichas cuentas de una manera inmediata, proporcionando adicionalmente servicios profesionales de cobranza, investigación, análisis de crédito, y en su caso, cobertura de riesgo de cuentas incobrables.

⁹⁴ Ibid, p. 491.

En síntesis, su sentido fundamental es la conversión indirecta de sus cuentas por cobrar no vencidas, en efectivo. Las empresas de factoraje financiero, pueden realizar las siguientes operaciones:

a).- Factoraje sin recurso o puro. Las cuentas por cobrar son adquiridas junto con la responsabilidad de su cobro, con el consiguiente riesgo crediticio.

b).- Factoraje con recurso. Se adquieren las cuentas por cobrar, dejando a la empresa cedente la responsabilidad solidaria de la solvencia del comprador de sus productos. De esta manera existen dos fuentes de pago: el deudor de las cuentas por cobrar y el cedente que es la empresa que las vendió.

c).- Factoraje a proveedores. Se establece una línea de crédito a favor de proveedores de ciertas empresas que mantienen lazos con la empresa de factoraje.

5.9.10 Casas de Bolsa

“Son las sociedades anónimas de capital variable, inscritas en la Sección de Intermediarios del Registro Nacional de Valores e Intermediarios con autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para realizar en forma habitual operaciones de correduría, comisión o intermediación entre el público ahorrador e inversionista y los emisores de valores, lo mismo del mercado de dinero que del mercado de capitales.”⁹⁵

El proceso comienza con un emisor, que busca recursos del público a través de emisión de valores, la Casa de Bolsa adquiere en nombre de un

⁹⁵ Ibid, p 491.

cliente los valores que se cotizan en la bolsa y el inversionista, invierte su dinero.

Operaciones

I. Operaciones de correduría de comisión u otras tendientes a poner en contacto la oferta y demanda de valores.

II. Recibir fondos por operaciones de valores.

III. Asesoría y promoción.

IV. Recibir prestamos o créditos de instituciones de crédito o de organismos de apoyo.

V. Conceder prestamos o créditos para la adquisición de valores, con garantía de estos.

VI. Celebrar reportos y prestamos sobre valores.

VII. Actuar como fiduciaria en actividades que le sean propias.

VIII. Operaciones por cuenta propia.

IX. Guarda y administración de valores.

X. Actuar como especialista bursátil.

XI. Representante común de obligacionistas.

XII. Administrar las reservas para fondos de pensiones y jubilaciones de personal.

Las casas de bolsa, son los únicos intermediarios autorizados para realizar operaciones en el salón de remates de la bolsa de valores y realizar la compra de acciones o títulos de deuda de empresas, a nombre del público en general. Para llevar a cabo sus operaciones las casas de cambio celebran diversos contratos con los emisores, intermediarios financieros, instituciones de apoyo, clientela, etc.

5.9.11 Casas de Cambio

De conformidad con el artículo 81 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, las casas de cambio son aquellas sociedades anónimas autorizadas discrecionalmente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para realizar en forma habitual y profesional, operaciones de compra, venta y cambio de divisas con el público, dentro del territorio nacional. No se consideran actividades habituales y profesionales, las operaciones con divisas conexas a la prestación de servicios, ni la captación de divisas por la venta de bienes, que realicen establecimientos ubicados en las franjas fronterizas y zonas libres del país, y demás empresas que por sus actividades normales celebren operaciones con extranjeros.

La ley del Banco de México en su artículo 20 establece que el término divisas comprende:

- Billetes y monedas metálicas extranjeras.
- Depósitos Bancarios.

- Títulos de Crédito; y

- Toda clase de documentos de crédito, sobre el exterior y denominados en moneda extranjera, así como en general, los medios internacionales de pago.

Operaciones con divisas exceptuadas de autorización.

Conforme a la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, existen dos tipos de operaciones que se pueden realizar con divisas y que no están sujetas a la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público:

a. Aquellas que no se consideran actividades habituales y profesionales que son: las operaciones con divisas conexas a la prestación de servicios, ni la captación de divisas por venta de bienes, que realicen establecimientos ubicados en las franjas fronterizas, y zonas libres del país y demás empresas que por sus actividades normales celebren operaciones con extranjeros.

b. Aquellas conocidas como casas de cambio al menudeo y que no cuentan con el capital mínimo exigido por la Secretaría de Hacienda para ser consideradas casas de Cambio al mayoreo. También se les conoce con el nombre de centros cambiarios.

Las operaciones que realizan estos centros cambiarios son las siguientes:

I. Compra y venta de billetes, así como piezas acuñadas en metales comunes, con curso legal en el país de emisión.

II. Compra y venta de cheques de viajero denominados en moneda extranjera.

III. Compra y venta de piezas metálicas acuñadas en forma de moneda, y

IV. Compra de documentos a la vista denominados y pagaderos en moneda extranjera, a cargo de entidades financieras hasta por un monto equivalente no superior a los tres mil dólares de los Estados Unidos de América por documento.

Las operaciones antes señaladas deberán ser pagadas en efectivo, cheques de viajero o cheques denominados en moneda nacional. Estas operaciones al ser de menudeo y contado carecen de regulación.

Operaciones con divisas que requieren autorización.

Las Casas de Cambio cuyo objeto social sea exclusivamente la realización en forma habitual y profesional de a), compra y cobranza de documentos a la vista denominados pagaderos en moneda extranjera, a cargo de entidades financieras, sin límite por documento, b), venta de documentos a la vista y pagaderos en moneda extranjera que las casas de cambio expidan a cargo de instituciones de crédito del país, sucursales y agencias en el exterior de estas últimas, o bancos del exterior, requieren autorización para hacer dichas operaciones de conformidad con el artículo 82 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

5.9.12 Administradoras de Fondos de Retiro

Las Administradoras de Fondos para el Retiro conocidas como AFORES, tiene su fundamento en la ley de los sistemas de ahorro para el retiro; son

entidades financieras que se dedican de manera exclusiva, habitual y profesional a administrar las cuentas individuales y canalizar los recursos de las subcuentas que las integran en términos de la Ley de los sistemas de ahorro para el retiro, así como a administrar sociedades de Inversión, recursos integrados por las cuotas y aportaciones que deberán recibir de los institutos de seguridad social.

“Las AFORES son empresas que tienen personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidas como S.A. de C.V., autorizadas por la Consar para administrar fondos para el retiro del trabajador, con aportaciones obligatorias y voluntarias a cuentas individuales cuyos recursos se invierten en sociedades de inversión especializadas, las cuales se encargarán de que los recursos de trabajadores se inviertan de manera óptima, rentable y segura para brindar los mayores rendimientos para obtener un retiro digno y justo.”⁹⁶

De conformidad con el artículo 175 de la ley del Seguro Social las afores tienen por objeto, la administración e individualización de las cuentas individuales de los trabajadores, administran riesgo de trabajo, invalidez y vida, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez. En el caso de la cesantía y vejez las prestaciones son de pensión, asistencia médica, asignaciones familiares y ayuda asistencial.

Los trabajadores que aportan recursos a las AFORES, son llamados afiliados activos, porque son trabajadores que actualmente están laborando y cubren sus cuotas en forma obligatoria. Entre ellos:

-Personas físicas con actividad empresarial.

⁹⁶ Ibid, p. 714.

- Personas físicas que presten sus servicios en empresas, Comercio y microempresas.

- Personas físicas independientes.

Las cuentas individuales se componen de:

a. Lo que lleva el ahorrador al SAR (Aportaciones obligatorias)	2% de retiro
	4.5.% Cesantía y Vejez.
b. Vivienda	5%
c. Cuota Social (Las aportaciones bimestrales tripartita)	Trabajador 1.125%
	Patrón 3.150%
	Gobierno 0.225%

Las AFORES dentro de los servicios que prestan se encuentra el de emitir estados de cuenta, resúmenes de saldo, consulta de saldos, Estimado de Pensiones y Saldo a petición del trabajador, Boletín informativo Bimestral, a cambio de dichos servicios cobran comisiones, que puede cobrarse sobre el saldo acumulado o sobre flujo de saldos y capitales.

5.9.13 Sociedades de Inversión Especializadas para el manejo de los Fondos del Retiro, Siefores

Las SIEFORES “son entidades financieras autorizadas discrecionalmente por la CONSAR, previa la opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para invertir los recursos de los trabajadores, en la adquisición de valores y

documentos seleccionados de acuerdo con el criterio de diversificación de riesgos, con recursos provenientes de la colocación de las acciones respectivas de su capital social entre el público inversionista.”⁹⁷

Estas sociedades son administradas por las Afores, operan con valores y documentos a cargo del gobierno Federal y aquellos que se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

Pueden constituirse los siguientes tipos de SIEFORES:

Siefore de instrumentos indizados. Invierte en instrumentos que permitan mantener el poder adquisitivo de los ahorros. Serán fondos de Inversión que buscarán canalizar los recursos para el retiro a instrumentos que ofrezcan rendimientos reales positivos.

Siefore de deuda. Invertirá en títulos y valores representativos de deuda, tanto del Gobierno Federal, bancos y empresas privadas.

Siefore común. Invertirá los recursos del retiro en valores de deuda y en valores de renta variable, que permitirá obtener rendimientos más altos en el largo plazo. Estas sociedades pueden ser un instrumento eficaz como protección contra las devaluaciones y la inflación, pero no todos pueden ser inversionistas, ya que el riesgo que significa participar en el mercado accionario debe estar plenamente evaluado e identificado por los participantes.

⁹⁷ Ibid, p. 722.

5.10 Propuestas de reforma y adición al artículo 400 BIS del Código Penal Federal

El estudio hecho en este trabajo de Tesis respecto del delito de Operaciones con recursos de procedencia ilícita o lavado de dinero, me ha permitido concluir en que la regulación actual hecha en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, presenta lagunas que impiden una correcta impartición de justicia y por ende el mantenimiento del estado de derecho, por lo que a continuación se proponen algunas reformas que considero deben de hacerse al Código Penal Federal, y que son las siguientes:

A).- Modificar y desarrollar el texto del artículo 400 Bis del Código Penal Federal, para dar lugar a los 400 Bis, 400 Ter y 400 Quater del Código Penal Federal, cuyo contenido será del siguiente tenor:

- 400 Bis. Descripción jurídica de las operaciones con recursos de procedencia ilícita.
- 400 Ter. Bienes en las Operaciones con recursos de procedencia ilícita.
- 400 Quarter. Agravantes.

En cuanto a la descripción jurídica de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, el precepto en comento quedaría de la siguiente forma:

Artículo 400 BIS. Al que introduzca o integre en el sistema financiero, recursos o bienes, para distribuirlos e integrarlos en los sistemas financieros, con el ánimo de ocultar su origen ilícito, se le impondrán:

I. Prisión de siete a quince años, y multa de cinco mil días, al que realice para otro, la adquisición, enajenación, administración, custodia, cambio, depósito, dé en garantía, inversión, trasportación o transferencia, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos o bienes de cualquier naturaleza.

II. Prisión de diez a veinte años, y multa de siete mil días, al que auxilie, aconseje u asesore a otro para, realizar la adquisición, enajenación, administración, custodia, cambio, depósito, de en garantía, inversión, trasportación o transferencia, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos o bienes de cualquier naturaleza, cuyo origen sea ilícito.

III. Prisión de quince a veinte años, y multa de diez mil días, al que realice para sí mismo, adquisición, enajenación, administración, custodia, cambio, depósito, de en garantía, inversión, trasportación o transferencia, dentro del territorio nacional, de este hacia el extranjero o a la inversa, recursos o bienes de cualquier naturaleza, cuyo origen sea ilícito.

Artículo 400 TER. Para efectos del artículo 400 Bis, se consideran bienes las obligaciones, los derechos, los recursos, y todos aquellos que sean susceptibles de una valoración económica.

Para efectos del artículo 400 Bis, se entiende por sistema financiero, las instituciones de crédito, de seguros y de fianza, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades financieras de objeto limitado, uniones de crédito, empresas de factoraje financiero, casas de bolsa y otros intermediarios bursátiles, casas

de cambio, administradoras de fondos de retiro y cualquier otro intermediario financiero o cambiario.

Se entenderá que las obligaciones, derechos, recursos o bienes provienen de una actividad ilícita, cuando hayan sido obtenidos mediante la realización de alguna conducta delictiva sancionada como tal por las leyes penales vigentes, así como por los cuerpos legales especiales, en que se contengan la descripción de conductas consideradas como tal.

Artículo 400 QUARTER. La pena prevista en el artículo 400 Bis, se aumentará en una mitad, en los siguientes casos:

I. Al que en ejercicio de un cargo público, auxilie, asesore y participe en la comisión de este delito.

II. Al funcionario que teniendo la obligación de denunciar, investigar, perseguir, juzgar a los responsables de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, cometa dicho delito.

III. A los empleados del sistema financiero, que omitan cumplir con las recomendaciones formuladas para evitar las operaciones con recursos de procedencia ilícita, dejen de documentar alguna de las operaciones establecidas como relevantes o sospechosas, así como del aviso correspondiente.

En el caso de las fracciones I y II de este artículo, además de dichas penas, se les inhabilitará para ocupar cargos públicos por un periodo de tiempo igual, al que haya sido sentenciado.

5.10.1 Creación de una nueva figura delictiva

De acuerdo a lo expuesto en este trabajo de tesis del marco regulatorio de las Operaciones con recursos de procedencia ilícita, la integración, consignación y sanción de este delito, reviste algunas dificultades no solo por la investigación, sino por los elementos objetivos y subjetivos que deben de probarse para tener por acreditado el cuerpo del delito y así la existencia de este delito. Los elementos que revisten mayor dificultad de probar para obtener una sentencia condenatoria es el conocimiento del sujeto del origen ilícito de los bienes o dinero, así como el que una suma de dinero es de origen ilícito; si bien el párrafo sexto del artículo 400 Bis del Código Penal Federal, señala que se entenderá que una suma de dinero o bienes son producto de una actividad ilícita, cuando exista indicio fundado y no pueda acreditarse su legítima procedencia; el segundo elemento establecido en el párrafo en cita relativo al acreditamiento por parte del indiciado solo opera cuando exista un indicio fundado del origen ilícito de los bienes o dinero, si no existe dicho indicio de acuerdo con el texto del propio artículo, no existe obligación del indiciado de demostrar el origen del dinero, ya que ambos supuestos se encuentran unidos por una conjunción disyuntiva (y) que implica la existencia alterna de ambos, por lo cual en su caso propongo al creación de la figura del Enriquecimiento Inexplicable, que no puede equipararse al Enriquecimiento ilícito, ya que ésta última figura delictiva exige un elemento subjetivo del indiciado, la calidad de funcionario Público.

Por lo anterior, la propuesta del tipo de Enriquecimiento Inexplicable, quedaría redactado de la siguiente forma:

Artículo. Comete el delito de Enriquecimiento Inexplicable el que ejerza la propiedad o titularidad de bienes, obligaciones, derechos, o recursos, que

sean notoriamente desproporcionados a los ingresos que obtenga por su trabajo o actividad a la que se dedique, cuando no pudiera acreditar el aumento de su patrimonio en forma legítima.

La propuesta para la creación de la figura del Enriquecimiento Inexplicable, se hace necesaria por la dificultad que se encuentra presente a veces para comprobar la existencia del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita o lavado de dinero, y con la existencia de este nuevo tipo aquellas personas que participen en el lavado de dinero y en los casos en que la autoridad carezca de elementos para probar aun indiciariamente el origen ilícito de los bienes, se evitaría la impunidad por el lavado de dinero, a través de esta figura que guardaría una relación directa con él.

5.10.2 Capacitación y creación de plazas especializadas

Considero que además de las propuestas de reforma antes establecidas a efecto de procurar un mejor combate en contra de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, es necesario la profesionalización del servicio público y la estabilidad de puestos, ya que este tipo de operaciones trae consigo el implemento de técnicas más especializadas, tendientes a ocultar el origen ilícito de bienes o recursos, que solo pueden ser combatidos con personal capacitado y especializado en el área, que goce de estabilidad en su trabajo, ya que cuando el servidor encargado de esta tarea es removido del puesto cada dos años, no puede esperarse que consiga la especialización y conocimientos necesarios como para lograr una lucha efectiva en contra de este tipo de operaciones.

Además de las propuestas antes planteadas el combate a las operaciones con recursos de procedencia ilícita, la lucha combate de estas

actividades, requiere de un verdadero compromiso social por parte de las autoridades, ya que aun con la mejor de las legislaciones que pudiere llegar a promulgarse, sin ese compromiso no será posible el combate de esta actividad.

CONCLUSIONES

Culminando el presente trabajo de investigación, es necesario determinar partiendo de los cuerpos legales, cuál ha sido el avance que ha tenido la sociedad en la protección de los individuos, y las limitaciones que tiene todo individuo en el ejercicio de sus derechos, para no afectar a terceros, así como la manera en que el estado ha buscado combatir a la delincuencia. Aunque el lavado de dinero o las operaciones con recursos de procedencia ilícita, es una figura jurídica de reciente creación en nuestro país, al igual que en muchos otros, ello no implica que no se haya dado con anterioridad a la sanción de dicha actividad en los códigos.

Los primeros métodos de lavado de dinero, surgieron cuando grupos de delincuentes se dedicaban al robo en un lugar, para posteriormente trasladarse a otro, donde no los conocieran, y con esos bienes mal habidos, adquirirían una habitación y un modo de vida, ocultando el origen mal habido de esos bienes. Este término lavado de dinero o *laundry money* se uso por primera vez en Estados Unidos de Norteamérica, cuando el grupo criminal de Meyer Lansky mezclaba el dinero proveniente de drogas, prostitución y extorsión con el dinero del negocio de lavanderías que poseía. Previo a la Segunda Guerra Mundial, la Alemania Nazi comienza a lavar fondos a través de la banca Suiza, fondos obtenidos de los despojos sufridos no sólo por los judíos, sino por cualquier opositor al régimen y que fueron usados para armar la gran maquinaria de guerra que se desplegó durante dicha guerra, incluso del procesamiento de cuerpos humanos.

Con la caída de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, y con el fin de la guerra fría, la comunidad internacional se preocupó por la lucha contra el lavado de dinero, llevando su esfuerzo en común a la celebración de

la Convención de Viena, en contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en la cual se establecen las primeras bases legales en la lucha contra esta actividad, convención que fue suscrita por México, y que llevó a incluir en diciembre de 1990 en el Código Fiscal de la Federación, el artículo 115 Bis precepto en el que se sancionaba las operaciones con recursos de procedencia ilícita.

El aumento de las operaciones con recursos de procedencia ilícita en nuestra país, y la poca eficacia que tuvo la autoridad en la lucha contra esta actividad, originó que en la reforma realizada el día 13 de Mayo de 1996, se derogara del Código Fiscal de la Federación el artículo 115 Bis, y se estableciera en el Código Penal Federal el artículo 400 Bis, en el que actualmente se regula este tipo de operaciones y se establece que su persecución es de oficio.

En este camino de lucha contra las operaciones con recursos de procedencia ilícita, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de Noviembre de 1996, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en la que sus artículos 9 y 10, también se sanciona esta actividad, siendo aplicable esta ley en aquellos casos que se trate específicamente de delincuencia organizada.

La lucha para combatir las operaciones con recursos de procedencia ilícita, es de vital importancia, ya que debido a la enorme cuantía de los recursos obtenidos por los lavadores, les da la posibilidad de comprar protección para sus actividades, corromper instituciones e incluso gobiernos, y actuar impunemente, fomentando actividades como el tráfico de drogas, de blancas, de armas, de moneda y secuestro, entre otros.

Si bien a través de la promulgación de nuevas leyes y reformas se ha buscado enfrentar de una mejor manera la lucha en contra de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, el tipo penal existente a la fecha y contenido en el artículo 400 Bis, es omiso al dejar de señalar cuáles son las actividades ilícitas que pueden originar los fondos a que se refiere ese tipo penal, lo que puede constituir una salida al lavador que se encuentra sujeto a proceso, motivo por el cual y de conformidad con la Convención de Viena Austria contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias psicotrópicas, es necesario establecer como conducta ilícita, toda aquella conducta considerada como delictiva y que se encuentre señalada en las leyes generales o especiales.

La propuesta de reforma para la creación de un nuevo tipo penal relativo al enriquecimiento inexplicable, se realiza tomando en consideración en primer lugar la poca eficacia que ha tenido la lucha contra esta actividad, en segundo lugar, que el tipo penal de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, al igual que todo creación del hombre es perfectible, y por tanto, tiene lagunas, que en algunos casos origina la imposibilidad jurídica del órgano investigador para integrar todos los elementos del tipo penal, además de que en otros casos se ha establecido que para poder considerar que un determinado número de recursos tienen un origen ilícito, es necesario que previamente una autoridad judicial haya declarado esa calidad, por el contrario en el caso del enriquecimiento inexplicable no sería necesaria la declaratoria previa del origen ilícito, sino únicamente, el acreditamiento del aumento inexplicable e ilógico de los bienes, propiedades o recursos de un gobernado, para que pudiera ser sancionada su conducta.

Por su parte la propuesta de reforma al artículo 400 Bis, del Código Penal Federal, y la creación de los artículos 400 Ter y 400 Quarter, se hace con el objeto de describir la conducta punible, así como sus elementos tanto

objetivos como subjetivos, para determinar la pena para cada caso concreto, ya sea que el lavador sea el propietario o titular de los bienes generados o en su caso sea un tercero extraño cuyo único fin es ocultar el origen ilícito del dinero, lo anterior para evitar que se siga cometiendo este tipo de actividades, siendo necesario evitar a toda costa que todo aquel individuo que no sea el generador de los bienes, recursos u obligaciones que pretenden lavarse, ingrese a este tipo de prácticas.

Es necesario establecer en los códigos penales que las obligaciones también puede considerarse como bienes materia de estas operaciones con recursos de procedencia ilícita, cuando a través de ellas puede ocultarse el origen ilícito de bienes o recursos o porque hayan sido obtenidas con motivo de algún acto delictivo.

Una correcta y eficaz lucha en contra de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, solo será posible cuando las autoridades adquieran un verdadero compromiso de abatir dicha actividad, ya que como quedo evidenciado, la regulación existente a la fecha es insuficiente y presenta lagunas jurídicas que los lavadores aprovechan en su beneficio para salir impunes por las actividades realizadas, por lo que las propuestas de reformas que se sugieren en este trabajo constituyen el principal camino para lograr una correcta sanción al autor de este delito, por lo que el objetivo de este trabajo recepcional se cumplió.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Código Civil, México, Editorial Sista, 2000, 264 pp.

Código Federal de Procedimientos Penales, 6ª edición, México, Editorial ISEF, 2003, 114 pp.

Código Fiscal de la Federación, Sistema Tributario Federal, 1ª edición, México, Editorial Sista, 1996, 174 pp.

Código Penal Federal, 6ª edición, México, Editorial ISEF, 2003, 131 pp.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Editorial Sista, 2001, 121 pp.

La Constitución y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1999, 1 cd.

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, 5ª Edición, México, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, 2002, 112 pp.

Ley Orgánica de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, México, Editorial Sista, 2000.

Ley de Extradición Internacional, 49ª edición, México, Editorial Porrúa, 1994, 767 pp.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas, 5ª Edición, México, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, 2002, 84 pp.

Ley de Instituciones de Crédito, 52ª edición, México, Editorial Porrúa, 2001, 731 pp.

Ley de Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros, 52ª edición, México, Editorial Porrúa, 2001, 731 pp.

Ley del Banco de México, 52ª edición, México, Editorial Porrúa, 2001, 731 pp.

Ley del Mercado de Valores, 52ª edición, México, Editorial Porrúa, 2001, 731 pp.

Ley del Seguro Social, 8va edición, México, Editorial Olguín, 1996, 124 pp.

Ley de la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico, Compila IX, Legislación Federal y del Distrito Federal, México, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, CD.

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, 3ª edición, México, Editorial Porrúa, 2001, 125 pp.

Ley Federal de Instituciones de Fianzas, Compila IX, Legislación Federal y del Distrito Federal, México, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, CD.

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, 52ª edición, México, Editorial Porrúa, 2001, 731 pp.

Ley General de Sociedades Mercantiles, México, Editorial Sista, 2000, 54 pp.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la Republica, 49ª edición, México, Editorial Porrúa, 1994, 767 pp.

Ley Orgánica de la Administración Publica Federal, Compila IV, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de Documentación y Análisis, Poder Judicial de la Federación, Legislación Federal, México, 1999, CD.

Ley para la Coordinación de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, Compila IX, Legislación Federal y del Distrito Federal, México, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, CD.

Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, 52ª edición, México, Editorial Porrúa, 2001, 731 pp.

Reglamento Interior de la Secretaria de Hacienda y Crédito Publico, Compila IX, Legislación Federal y del Distrito Federal, México 2004, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, CD.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, Derecho Bancario, 4ª Edición, México, Editorial Porrúa, 1991, 1008 pp.

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda, Derecho Penal, México, Editorial Harla, 1993, 418 pp.

ALVARADO, Ignacio, Historias de Familia, Día Siete, México, Revista Semanal, número 34, El Universal.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, 9ª Edición, México, Editorial Porrúa, 1975, 691 pp.

CARBALLO YÁNEZ, Erick, Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano, 5ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2000, 339 pp.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal, Parte General, México, Editorial Porrúa, 1988.

CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 39ª Edición, México, Editorial Porrúa, 1998, 363 pp.

CASTRO, Juventino V., Garantías Individuales, 11ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2000.

C. MEJIAN, Luis Manuel, El Secreto Bancario, 3ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2000, 327 pp.

COCKBURN, Alexander y Jeff St. Clair, Whiteout: The CIA, Drugs and the Press, United Estate of America, Verso Books, 1998.

COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 6xta Edición, México, Editorial Porrúa, 1980.

DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo, Procedimiento Penal Mexicano, 4ª Edición, México, Porrúa, 2000, 629 pp.

DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús, Tratado de Derecho Bancario y Bursátil, 1ª Edición, México, Porrúa, 1999, 1059 pp.

DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO, México a través de sus constituciones, XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, seis tomos, México, 1967.

Diario Oficial de la Federación, Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, México, 13 de Mayo de 1996.

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española, 22 Edición, España, 2001, 1614 pp.

Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1998, 1010 pp.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 8ª Edición, México, Editorial Porrúa, 1995, cuatro tomos, 3272 pp.

GARCIA RAMÍREZ, Sergio, Delincuencia Organizada, 2ª Edición, México Editorial Porrúa, 2000, 306 pp.

GARCIA RAMÍREZ, Rafael, Lavado de Dinero, 1ª Edición, México, Editorial Sista, 1998, 151 pp.

HERRERA LASSO Y GUTIERREZ, Eduardo, Garantías Constitucionales en Materia Penal, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1ª Edición, México, Editorial Porrúa, 1979.

IUS 2002, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación. México 2002, 2 cds.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, Lecciones de Derecho Penal, Clásicos del Derecho, Volumen 7, México, Editorial Harla, 1997, 367 pp.

LEBOR, Adam, Los Banqueros Secretos de Hitler, 1ª Edición, Barcelona, España, Editorial Grijalbo, 317 pp.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del Delito, 8ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2000, 313 pp.

MCCOY, Alfred, The Politics oh Heroin: CIA Complicity in the Global Drug Trade, United Estate of America, Laurence Hill Books, 1991.

NANDO LEFORT, Vector Manuel, El Lavado de Dinero, Nuevo Problema para el campo Jurídico, 1ª Edición, México, Editorial Trillas, 1997, 110 pp.

OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, La Averiguación Previa, 13ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2002, 679 pp.

Poder Legislativo Federal, Cámara de Diputados, Comisión de Justicia, 25 de Abril de 1996. Dictamen de Proyecto de Reforma, Doc. 134/LVI/96.

RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl, Derecho Fiscal, 2ª Edición, México, Editorial Harla, 1986.

SOLIS QUIROGA, Héctor, Sociología Criminal, 5a Edición, México, Editorial Porrúa, 1985.

SILVA SILVA, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, 2ª Edición, México, Editorial Harla, 1995, 826 pp.

TENA RAMÍREZ, Felipe, Leyes Fundamentales de México 1808-2002, 23ª Edición, México, Editorial Porrúa, 2002, 1180 pp.

URBINA NANDAYAPA, Arturo de Jesús, Los Delitos Fiscales en México, 1ª Edición, México, Editorial Pac, 1994, 280 pp.

ZAMORA SÁNCHEZ, Pedro, Marco Jurídico del Lavado de Dinero, 1ª Edición, México, Editorial Oxford México, 1999, 301 pp.