







## ÍNDICE

	<b>Página</b>
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO	
A. Antecedentes Generales.....	13
A. 1. Antecedentes históricos del lavado de dinero.....	15
B. Antecedentes legislativos del delito de lavado de dinero.....	17
B.1. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.....	20
B.2. El grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) 1989.....	23
B.3. Convenio del consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y decomiso de los productos derivados de los actos derivados (convenio de Estrasburgo) 1990.....	25
B.4. Regulación modelo de la organización de estados americanos sobre lavado de dinero 1992.....	27
B.5. Regulación en México.....	29
CAPÍTULO II	
EL DELITO PREVIO EN EL DELITO DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA	
A. Naturaleza jurídica del delito previo.....	33
A.1 Delito previo como elemento normativo .....	34
A.2. Delito previo como condición objetiva de punibilidad.....	36

A.3.Toma de posición.....	39
B. Formas de delito previo.....	41
B.1.Delito contra la salud.....	43
B.2. Sistema numerus clausus.....	45
B.3. Sistema de categoría de delitos.....	46
B.4.El sistema de cualquier delito.....	47
B.5. El sistema adoptado por México.....	48

### CAPÍTULO III

#### LA UTILIZACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO EN EL DELITO DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA

A.La denuncia previa requerida de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público.....	66
B. Las facultades de comprobación de la secretaría de Hacienda y Crédito Público como requisito previo e ineludible a la formulación del acto equivalente a la querella.....	73
B.1.Las facultades de comprobación, actualización y requisitos.....	75
B.2La notificación de las facultades de comprobación y sus efectos.....	81
B.3Facultades de comprobación, constituyen una facultad reglada para la Secretaria de Hacienda y Crédito Público.....	85
B.4 Ausencia de los requisitos de procedibilidad. Efectos Jurídicos.....	91

CONCLUSIONES.....

PROPUESTAS.....

BIBLIOGRAFÍA.....

## INTRODUCCIÓN

México enfrenta como nunca antes una de las más grandes crisis en materia de seguridad, puesto que nos encontramos inmersos en una guerra sin tregua, llevada a cabo entre los integrantes de las fuerzas armadas del gobierno federal, estatal y municipal, en contra de los miembros de la delincuencia organizada, que como resultado ha dejado miles de muertos y heridos, pero sobre todo ha mostrado las carencias del sistema de justicia que impera en nuestro país.

A lo largo de los últimos años, en nuestro país se ha manifestado la delincuencia, que cada vez advierte una mayor organización y se hace más violenta, que ha pasado de una criminalidad individual a otra de índole más corporativa, es decir organizada, que día con día rebasa los límites nacionales y se internacionaliza mostrando una mayor eficacia frente a los medios de control estatal en los diversos órdenes, es por ello, que se plantea la necesidad de generar nuevas estrategias para combatirla eficazmente. Una de esas estrategias la constituye sin duda, la modificación a la propia legislación penal para que este a tono con los cambios sociales, económicos y políticos, pero principalmente acorde a las transformaciones del fenómeno delictivo para el cual ha sido diseñada.

La respuesta del Estado ante este fenómeno, debe conjugar un marco jurídico avanzado, flexible y ejemplar que permita inhibir cualquier manifestación de delincuencia organizada basada fundamentalmente en la adopción de medidas preventivas y de amenaza punitiva que, en lo posible, dificulten sus actividades y las sancionen en la misma proporción del daño causado, al mismo tiempo que observe fielmente los principios y criterios que orientan al estado de derecho.

Es por ello, que una de las medidas que el gobierno de México ha adoptado para combatir a la delincuencia organizada, la cual notoriamente se encuentra en aumento, es interferir la captación de sus recursos económicos para evitar su expansión y controlar su operatividad, pues a decir de nuestras autoridades, esta

guerra no se gana cuerpo a cuerpo, sino con planes estratégicos que permitan ganar la partida a las organizaciones criminales y frenar de manera tajante su desarrollo nacional e internacional.

Uno de esos grandes pasos que el gobierno pretende realizar viene inmerso con la aprobación reciente de la “Ley Antilavado de dinero”, la cual nació a razón de que hace cinco años el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), recomendara a México la adopción de estas medidas, y tras dos años de discusiones en ambas cámaras legislativas, el Senado de la República aprobó por unanimidad el dictamen para expedir la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y Financiamiento al Terrorismo.<sup>1</sup>

Sólo a manera de ejemplo de lo importante que desafortunadamente resulta éste fenómeno delictivo, se tiene que, de acuerdo con investigaciones realizadas por la Comisión de Estudios Legislativos, los cárteles del narcotráfico han lavado más de tres billones de pesos en Estados Unidos y México equivalentes a ochenta y dos por ciento del presupuesto de egresos de la federación para el año dos mil doce. De acuerdo con dichas estimaciones cada cártel delictivo que opera en México sería quince veces más rentable que grupo “CARSO”, y al mismo tiempo el Departamento de Estado de la Unión Americana ha señalado que el sistema financiero en nuestro país es la principal fuente de blanqueo de capitales.<sup>2</sup>

Existen diversas razones que motivaron mi interés intelectual por este tema de tesis. La primera de ellas es que es un tema de gran importancia social y consecuentemente de actualidad. La lamentable expansión de la delincuencia organizada, en particular, de los cárteles de la droga implica entre otras cosas, el movimiento de importantes sumas de dinero, y de ahí como ya se mencionó, surge la

---

<sup>1</sup>Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y Financiamiento al Terrorismo, Diario Oficial de la Federación, 17 de octubre de 2012.

<sup>2</sup> PIZ MIRELES, Víctor, *Senado aprueba reforma para prevenir el lavado de dinero*, El financiero, Guadalajara, viernes 12 de octubre, p. 3.

necesidad de dar una apariencia legal e incorporar al comercio formal esas fortunas. El lavado de dinero es para muchos autores el último eslabón de la cadena delictiva.<sup>3</sup>

La razón más importante que motivó la creación de la presente tesis profesional, es la complejidad del tipo penal contenido en el artículo 400 Bis, del Código Penal Federal, en contubernio con el desconocimiento generalizado respecto a algunos temas que se encuentran inmersos en dicho precepto legal, a los que desde luego se les tratará de dar respuesta o por lo menos crear una visión mucho más clara de ello.

Y es que precisamente como se trata de un tema de actualidad, en México, el delito de lavado de dinero o también conocido como blanqueo de bienes no se encuentra tan bien regulado como en otros países – la legislación española-, lo que deriva que muchas preguntas que se tienen acerca de este tipo penal aún se encuentren sin respuesta, más aún, se tiene un desconocimiento total o parcial tanto por los órganos encargados de investigar y perseguir delitos, como por los órganos que integran el Poder Judicial de la Federación, sin dejar de un lado a los abogados que ejercen la bella rama del derecho Penal.

El presente trabajo pretende responder y aportar información a la comunidad de abogados encaminados a la rama del derecho penal, en cuanto a temas muy específicos relacionados con el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita. El primero de ellos tiene que ver con el delito previo o antecedente al delito en estudio que es, precisamente, de donde emanan los recursos, derechos o bienes los cuales mediante el delito de lavado de dinero son sometidos a operaciones de transformación destinadas a desvincularlos de su origen ilícito, y de esa manera, integrarlos en el ciclo económico revestidos de una aparente licitud. Otro tema selecto que se pretende abordar es el relativo a los requisitos de procedibilidad

---

<sup>3</sup> FIGUEROA VELÁZQUEZ, Rogelio M, *El delito de lavado de dinero en el Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, México, 2001, p. 3.



inmersos dentro del artículo 400 Bis, del Código Penal Federal, principalmente en lo que corresponde a su identificación así como a los efectos jurídicos que contrae su falta de acreditación.

En ese sentido, las hipótesis planteadas dentro de la presente investigación, y que con la misma se intentará de dar respuesta, versan sobre sendos tópicos y principalmente son las siguientes: Determinar si el delito antecedente al de operaciones con recursos de procedencia ilícita constituye un elemento normativo, o bien una condición objetiva de punibilidad de éste, dicho en otras palabras, ¿qué naturaleza tiene el delito previo, predicado, antecedente o base? Las dos principales posturas que sostiene la doctrina son: a) es un elemento normativo del tipo; b) constituye una condición objetiva de punibilidad.

Otra de las interrogantes que inquietaron el desarrollo de la presente investigación son, como se señaló, las relacionadas con el delito previo al de operaciones con recursos de procedencia ilícita siendo la más importante la siguiente: ¿de qué delitos pueden obtenerse los recursos, derechos o bienes susceptibles de ser “lavados”, e incorporados a la economía revestidos de una aparente licitud? Lo anterior es importante si se considera que existen diversos sistemas de clasificación generalmente aceptados que establecen los delitos que pueden ser tomados en cuenta para tal efecto, verbigracia se encuentran el sistema de categoría de delitos, el sistema *numerus clausus*, el sistema de cualquier delito, o el que únicamente toma en cuenta al narcotráfico para dichos fines.

Por último existen diversos temas relacionados con los requisitos de procedibilidad que exige el delito a estudio, y que en mi experiencia, existe poca doctrina o criterios judiciales al respecto, siendo algunos de ellos los siguientes: ¿cuáles son los requisitos de procedibilidad contenidos dentro del artículo 400 bis del Código Penal Federal?, ¿cuáles son los efectos jurídicos que conlleva la falta de formalidad de dichos requisitos, o en el peor de los casos su ausencia?

Para dar respuesta a las hipótesis o interrogantes señaladas, se buscará mediante el método de análisis abarcar los tratados internacionales, convenciones y grupos de acción que de manera primigenia identificaron y regularon el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, para de esa manera conocer su génesis; sin dejar de lado el estudio relativo a los ordenamientos jurídicos de índole penal y fiscal que tipificaron el delito en comento. La presente tesis profesional se encuentra sustentada mediante investigación bibliográfica, observancia científica, técnica de entrevista, pero sobre todo la investigación legislativa y jurisprudencial, mismas que podrán ser identificadas a lo largo de la misma.

Así entonces, dentro del primer capítulo del presente trabajo se realizará un estudio respecto de los antecedentes históricos y legislativos que dieron origen al actual tipo penal del artículo 400 Bis, del Código Penal Federal, siendo uno de los más relevantes la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Psicotrópicos mejor conocida como Convención de Viena, y la participación del Grupo de Acción Financiera (GAFI); el primero de ellos comopionero en identificar la figura jurídica delictiva.

Dentro del segundo capítulo se analizará el delito subyacente al de operaciones con recursos de procedencia ilícita, estableciendo primeramente, cuál es la naturaleza jurídica del delito anterior, si constituye antecedente, predicado o base. En este apartado deviene la necesidad de establecer, si el delito subyacente constituye una condición objetiva de punibilidad como algunos autores señalan, o bien, forma parte del elemento normativo del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

De igual forma, se abordará el tema relacionado con los distintos y muy diversos sistemas de clasificación generalmente aceptados y utilizados, explicando detenidamente en que consiste cada uno de ellos, para de esa manera estar en aptitud de señalar cuál es el que impera en nuestro país. Este tema nace como

resultado del debate existente entre distintos órganos de impartición de justicia como en los propios abogados litigantes del derecho penal, ya que por un lado se establece que cualquier actividad ilícita puede fungir como delito previo al de operaciones, y por el otro, se señala que dicha categoría es exclusiva de ciertos delitos tales como los denominados “delitos contra la salud” incluyendo también el de delincuencia organizada.

El último capítulo tendrá como objetivo estudiar y analizar en los casos en que se impute la utilización del sistema financiero en la comisión del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, la requerida denuncia previa por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público así como el ejercicio de sus facultades de comprobación, mismas que se erigen en requisito de procedibilidad para la formulación de la mencionada noticia criminal.

En él primeramente se establecerá el yerro cometido por el legislador contemporáneo al señalar denuncia a lo que realmente se constituye un acto equivalente a la querrela. Posteriormente se establecerá que el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita exige, como requisito de procedibilidad, el que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ejerza previo a la formulación del acto equivalente a la querrela, facultades de comprobación respecto de las personas involucradas y que engloben naturalmente, las operaciones realizadas.

Los temas enunciados en párrafos precedentes son de suma importancia para la debida integración de indagatorias con motivo de la posible actualización de dicha figura delictiva, y es que su desconocimiento total o parcial implica, que dichas averiguaciones sean consignadas de manera deficiente ante el órgano judicial competente, dando como resultado que se tengan que dejar en inmediata libertad a verdaderos delincuentes.

Lo que es peor, el desconocimiento del tipo penal que nos ocupa acarrea como consecuencia que ciudadanos sean privados de su libertad y sujetos a

procedimientos penales, violándoseles cualquier garantía individual prevista en nuestra Carta Magna así como en tratados internacionales, ya que en la mayoría de los casos los hechos denunciados no se subsumen en la hipótesis de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

## CAPÍTULO I

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO

#### A. ANTECEDENTES GENERALES

Por sus antecedentes, se puede considerar al lavado de dinero como un fenómeno de carácter socioeconómico. Es social, porque su origen está determinado por una serie de situaciones ilícitas que a su vez se gestan en el desorden y la descomposición social. Esto quiere decir que el fenómeno de lavado de dinero tiene como fuente otros fenómenos sociales que lo alimentan y fortalecen.

Ahora bien, en virtud que su proyección es económica la mayoría de sus acciones se desenvuelven dentro del ámbito financiero, puesto que para la existencia del lavado debe existir dinero circulante y, en ocasiones, bienes muebles o inmuebles, lo cual es un medio propicio para su manifestación y desarrollo.

De igual forma, el fenómeno de lavado de dinero obedece fundamentalmente a ciertas operaciones de manejo que, por no haber sido previstas en los diversos ordenamientos legales, se extendieron paulatinamente y de la manera más natural, fueron aceptadas aún dentro de políticas económicas estatales, habiendo incluso más disposición de rechazo al considerarlo como un asunto de transacción monetaria de carácter ordinario.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> CASTAÑEDA JIMÉNEZ, Héctor, *Aspectos socioeconómicos del lavado de dinero en México*, INACIPE, México, 1991. Cit. Por NANDO LEFORT, Víctor Manuel, *El lavado de dinero, nuevo problema para el campo jurídico*, Trillas, México, 2009, p.10.

El lavado de dinero no surgió de la nada o surgió misteriosamente de la mano del narcotráfico. Existe desde hace mucho tiempo, igual que la banca internacional y el crimen organizado, tal como se detallará posteriormente.

Claro está, que este fenómeno cobró fuerza a partir de la globalización de los mercados financieros y el incremento en el tráfico internacional de estupefacientes. A su vez ambos, recibieron el impacto de los avances tecnológicos de los últimos tiempos, sobre todo en materia de comunicaciones, lo que permitió que el dinero obtenido de las actividades ilícitas se moviera a mayor velocidad por todo el mundo.

Como se verá más adelante, las primeras apariciones de este fenómeno se dieron en el auge de las mafias de Chicago, lo que quiere decir que esta actividad delincriminal estaba concentrada en este sector, sin que existiera gran proliferación hasta esos tiempos. Posteriormente de la mano de los avances tecnológicos y el crecimiento en el consumo de estupefacientes, el lavado de dinero se fue extendiendo a diversos sectores hasta convertirse en uno de los negocios más redituables del planeta.

Las utilidades de la venta de drogas, mismas, que son invertidas en mercados financieros y fiscales de todo el mundo, representa actualmente un fantástico mercado que asciende entre los 850 000 millones y los 2.5 trillones de dólares anuales, aproximadamente. Esta cantidad equivale al total de los gastos de todos los países occidentales en un año entero, por compras de petróleo. El dinero de la droga y su cortejo de violencia y corrupción amenazan con la desestabilización de las principales democracias occidentales.<sup>5</sup>

Así pues, a partir de las últimas décadas el lavado de dinero ha adquirido mayor envergadura ya que no se limita a una circunscripción territorial determinada, pues por lo regular, su ámbito de acción es de carácter internacional afectando no sólo los intereses individuales sino lo que es más importante, también los colectivos. En su realización intervienen casi siempre organizaciones de índole delictiva, que

---

<sup>5</sup> GONZÁLEZ, Guadalupe y TIENDA, Martha; "México y EUA en la cadena internacional del narcotráfico", 2ª. Ed, Fondo de Cultura Económica, México, 1989. p. 13. Citado por NANDO LEFORT, Víctor Manuel, *El lavado de dinero, nuevo problema para el campo jurídico*, Trillas, México, 2009, p.10.

disimulan sus operaciones bajo aparentes actividades lícitas como las empresariales, comerciales o bancarias.

Como se puede observar, el fenómeno de lavado de dinero ha ido siempre de la mano de actividades ilícitas y más en específico del narcotráfico, apareciendo como el último y más importante eslabón de la cadena delictiva, ¿de qué serviría generar ganancias estratosféricas derivada de la comisión de distintos ilícitos, si dichas utilidades no pueden ingresar libremente en el mercado? Es por eso que resulta de suma importancia su estudio para entender y desentrañar su funcionamiento, estamos quizás ante el fenómeno delictivo más redituable de los últimos tiempos.

A continuación, estableceré algunos de los antecedentes históricos que dieron vida a este fenómeno delictivo tan avasallador, así como los esfuerzos legislativos de orden nacional e internacional creados con la finalidad de regular y sancionar esta actividad delictiva.

### **A.1. Antecedentes históricos del lavado de dinero**

El concepto de “lavado de dinero” según la mayoría de los autores surgió en la época de las grandes mafias de Chicago o mejor conocida como la pandilla de las cinco esquinas, conformada principalmente por Alphonse Capone, Salvatore Lucania, Lansky, Constello entre otros. Estos personajes literalmente utilizaban lavanderías en Chicago y Nueva York para ocultar los recursos obtenidos por las actividades ilícitas que llevaban a cabo principalmente por el contrabando de whisky.<sup>6</sup>

De esta manera las ganancias que generaban mediante el trasiego de whisky, la extorsión, entre otras actividades antisociales, se invertían en lavanderías las cuales reportaban grandes utilidades a las realmente obtenidas con el propio

---

<sup>6</sup> CEDILLO, Juan Alberto, *La Cosa Nostra en México*, Grijalbo, México, 2011, p.33.

negocio, es decir, se le otorgaba licitud a los recursos obtenidos ocultando el verdadero origen y creando una pantalla ante las autoridades.

Algunos otros autores establecen que este delito tiene sus orígenes en tiempos de la segunda guerra mundial. Tal es el caso del maestro García Ramírez, el cual en su libro “Lavado de dinero” contrario a lo antes expuesto precisa:

El delito de lavado de dinero se originó dentro de la segunda guerra mundial, ya que tanto Alemania como Italia mandaban lingotes de oro a Suiza para hacerse de divisas necesarias para importar oro obtenido del saqueo efectuado por las tropas en diversos países avasallados por la guerra, aunque también provenían de las remesas efectuadas del Estado y de particulares.<sup>7</sup>

Al terminar la guerra, en las fronteras de Italia se realizaron prominentes negocios, a tal grado, que en Suiza se abrieron diversos bancos los cuales no preguntaban a los cuentahabientes el origen del dinero a depositar, amparados en el secretario bancario, la costumbre, y las leyes de ese país.<sup>8</sup>

Así pues, el sistema financiero se hizo cada vez más globalizado beneficiando ampliamente al segundo negocio más redituable del planeta, el cual es el de las drogas sólo debajo de la venta de armas de fuego. A partir de esto, nace la necesidad de sancionar penalmente las conductas tendientes a legitimar los ingresos provenientes del narcotráfico como una medida de neutralizar los beneficios económicos que encuentra esta actividad delictiva. Como consecuencia transnacional de la actividad de lavado de dinero, se ha producido una respuesta igualmente internacional sin precedentes en la lucha contra esta actividad, tal como lo indicaron las Naciones Unidas, manifestando que la comunidad internacional debe colaborar para poner fin a estas prácticas para “pegarle” al narcotráfico en donde más le hace daño, en su sistema económico.

El punto débil más significativo tiene que ver con la imposibilidad de derivar hacia la inversión los enormes ingresos generados por la actividad ilícita. Ese exceso

---

<sup>7</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Efraín, *Lavado de dinero. Análisis jurídico del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita*, Sista, México, 1998, p.235.

<sup>8</sup> *Ibid*, p.45.



de liquidez provoca una necesidad imperiosa de entrar en contacto con el mercado financiero legal con la finalidad de aprovecharlo con el máximo beneficio.

Resulta imprescindible golpear a las organizaciones criminales en el punto de mayor debilidad: el lavado de dinero, porque la batalla está completamente perdida si nos dedicamos exclusivamente a perseguir cargamentos de heroína o cocaína por todo el mundo como se ha hecho incansablemente en programas costosos con resultados pírricos. Por tal motivo, el número de naciones dotadas de leyes sobre el lavado de dinero sigue aumentando, y a su vez, se trata de establecer más medios de comunicación en el ámbito internacional dentro del orden económico que estamos viviendo, con el propósito de reforzar y extender los mecanismos de cooperación internacional y la proliferación de acuerdos específicos en relación con las formas de actividad criminal de particular importancia internacional, tales como el terrorismo, el *insurtradyng*, y fundamentalmente el tratamiento del fenómeno de lavado de dinero.<sup>9</sup>

## **B. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO**

El primer antecedente legislativo de la tipificación del delito conocido como lavado de dinero, es el Acta del Secreto Bancario (*The Bank Secrecy Act*) de Estados Unidos de América de 1970, que impuso a las instituciones financieras la obligación de mantener constancia de determinadas operaciones y reportarlas a las autoridades, este sistema de reportes de transacciones financieras establecido en la Ley del Secreto Bancario de 1970 en los Estados Unidos de Norteamérica, resultó ser un instrumento eficaz por sí sólo para luchar contra el dinero de dinero.

Esta ley únicamente estableció la obligación de reportar. El motivo para exigir el reporte de determinadas operaciones fue crear una “pista de papel” que llevara, de los fondos lavados, a la actividad ilegal de la cual provenían. Posteriormente este sistema resultó un instrumento ineficaz para luchar contra el lavado de dinero ya

---

<sup>9</sup> FIGUEROA VELÁZQUEZ, *op.cit.* p.9.

que quiénes daban cumplimiento a las obligaciones de reportar podían lavar dinero impunemente.<sup>10</sup>

Como se puede observar, desde los inicios del delito de lavado de dinero los bancos se han convertido en participantes, la mayoría de las veces en forma involuntaria debido a que proveen una gran variedad de servicios e instrumentos. Tal es el caso de los cheques de viajero, cheques de caja y las transferencias electrónicas, las cuales pueden fácilmente utilizarse para encubrir el origen de los recursos obtenidos ilegalmente. Según el diccionario de la Lengua Española, “secreto es lo que cuidadosamente se tiene reservado”.<sup>11</sup>

Posteriormente, el Congreso Estadounidense dictó la Ley de Control de Lavado de Dinero de 1986 que tipificó el delito de lavado de dinero sancionándolo con pena privativa de la libertad, misma que, ascendía hasta los veinte años de prisión. “Esta ley creó un delito federal y autorizó la confiscación de ganancias obtenidas por los lavadores, y proporcionó a las autoridades federales herramientas adicionales para poder investigar y sancionar el lavado de dinero, así esta Ley es el acta de nacimiento del delito de lavado de dinero”.<sup>12</sup>

Posterior a ello, se han celebrado diversas Convenciones de participación internacional como lo es la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas o mejor conocida como Convención de Viena de 1988 entre otras. En ese mismo tenor, se han creado grupos de Acción compuestos por distintos países del mundo entre los que figuran las naciones conocidas como potencias mundiales, los cuales tienen la finalidad de crear planes o estrategias para combatir eficazmente el lavado de dinero en todo el mundo.

---

<sup>10</sup> ROMO, Jorge L, *El lavado de dinero y su vinculación con actividades de apuestas y juegos de azar en la legislación mexicana*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010, p. 202.

<sup>11</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa, España, 1984, p. 1227.

<sup>12</sup> ROMO, *op. cit.*, p. 203.

A raíz de la crisis nacional que vivió Estados Unidos de Norte América a consecuencia de los atentados terroristas del 11 de septiembre contra las Torres Gemelas de la Ciudad de Nueva York, el Presidente George W. Bush firmó la llamada ley *USA PATRIOT*,<sup>13</sup> la cual entró en vigor el 1º de octubre de 2003. Entre las implicaciones más importantes de esta ley destaca, la de englobar dentro del alcance a la lucha de lavado de dinero a cientos de instituciones entre las que se encuentran las que transmiten dinero, las que pagan cheques, los joyeros, los prestamistas prendarios, los casinos, las compañías que expiden tarjetas etc.

Pero lo más importante y que guarda íntima relación con el tema de la presente tesis, es que, amplía la enumeración de conductas que pueden servir de base o de antecedente al delito de lavado de dinero, incluyendo, toda aquella que es susceptible de calificarse como corrupta sin limitarla a una circunscripción territorial, incluso si es realizada en cualquier parte del mundo. Cuestión que sin duda es de gran relevancia en la tipificación del delito de lavado de dinero, ya que, deja abierta la puerta para que casi cualquier delito pueda servir como antecedente o base al delito de lavado de dinero.

Algunos autores consideran que la ley en estudio podría resultar excesiva y violatoria de garantías, sin embargo a pesar de todas las críticas que la ley *USA PATRIOT* ha generado, el legislador mexicano dentro de la reciente ley aprobada “Ley Federal Para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita” adoptó como medida de prevención e identificación del delito de lavado de dinero las mismas actividades que tanto han causa polémica a nivel mundial. Basta echar un vistazo a la sección segunda “de las actividades vulnerables” artículo 17 de la citada ley para advertirlo.

---

<sup>13</sup> LECOURS, Alain, *Crónica Jurídica*, Montreal, Canadá, 2007, p.2.  
<http://ponce.inter.edu/cai/bv/LEY-PATRIOTA-DE-LOS-EE-UU-USA-PATRIOT-ACT.pdf>. Fecha de consulta: 23 de noviembre de 2013.

En dicho numeral, se enumeran como actividades vulnerables y por tanto, objeto de identificación, esto es, que los clientes o usuarios son sujetos a supervisión y a verificación de su identidad basándose en credenciales o documentos oficiales las siguientes: las vinculadas con los juegos de apuesta, la emisión de tarjetas de servicio de crédito, la emisión de cheques de viajero, la prestación de servicios de construcción, la subasta de obras de arte, la comercialización de joyerías, entre otras.

A continuación, procederé a explicar algunos de los antecedentes internacionales que han servido de base para la regulación y sanción de este fenómeno delictivo.

### **B.1. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Convención de Viena de 1988).**

Posteriormente al dictado de la Ley de Control de Lavado de dinero de 1986 emitida por el congreso norteamericano surge la llamada Convención de Viena de 1988, en donde se lleva a cabo el lanzamiento internacional de la tipificación del delito conocido como lavado de dinero, tal como lo marca el artículo 3 fracción B, inciso I, de dicha convención.<sup>14</sup>

México como miembro de la organización de las Naciones Unidas signó la Convención de Viena el 16 de febrero de 1989. Posteriormente, esta fue aprobada por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión el día 30 del mes de noviembre del año de 1989, según el decreto publicado en el diario Oficial de la Federación del día 09 del mes de febrero del año de 1990, misma que fue ratificada el día 27 de febrero de 1990 por el entonces presidente de México, Carlos Salinas de Gortari.

---

<sup>14</sup> Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Diario Oficial de la Federación, 09 de febrero de 1990.

Así pues, aunque el nombre de la misma indica expresamente la lucha contra el tráfico de estupefacientes, es en dicha convención donde por primera vez los Estados Internacionales firmantes se comprometen a sancionar distintas actividades relacionadas con el delito que nos ocupa.

Los delitos tipificados en el artículo 3 de la convención de Viena únicamente atienden al delito de lavado de dinero en cuanto hace a su relación con el delito de tráfico de estupefacientes en cualquiera de sus modalidades, lo que demuestra que el surgimiento en el ámbito penal del lavado de dinero estuvo aparejado siempre al problema del narcotráfico<sup>15</sup> es decir, el único que podía servir como delito antecedente o base al de lavado de dinero, en un inicio, lo era el tráfico de estupefacientes.

Al pasar del tiempo y con la creación de nuevos tratados y convenciones, se fueron incorporando distintos delitos a los que se les consideraba antecedente del de operaciones con recursos de procedencia ilícita de los cuales se obtienen los recursos, derechos o bienes susceptibles de ser blanqueados y dotados de una pantalla de legalidad.

Lo más destacado en esta convención se encuentra en el proemio de la misma, toda vez que se reconoce que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales, invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas así como la sociedad en todos sus niveles, lo que a la postre serviría de gran ayuda para regular más ampliamente esta conducta y no únicamente su contubernio con el tráfico de estupefacientes.

---

<sup>15</sup> Acta Final de la Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena, Austria, 19 de diciembre de 1988.

Respecto a la participación de México en la creación de la Convención de Viena, la delegación Mexicana que asistió fue instruida para cubrir cuatro lineamientos básicos en su pliego de instrucción:

- a) Que la convención cubriría equilibradamente todos sus aspectos del fenómeno del tráfico ilícito de estupefacientes en su conjunto, desde la producción y el tránsito, hasta la demanda y consumo.
- b) Que las disposiciones de la Convención fuesen plenamente respetuosas de la soberanía, seguridad, orden público y del principio de legalidad de los Estados.
- c) Que ninguna disposición de la Convención pudiera tener el efecto de permitir en forma alguna, que las autoridades extranjeras pretendieran sustituir a las nacionales en el desempeño de las competencias que la legislación interna se reserva exclusivamente a estas últimas autoridades.
- d) Que la Convención fuera un instrumento de cooperación y que se evitara imposiciones punitivas a los Estados.

Tal como se verá más adelante, la Convención de Viena fue de tal importancia en el sistema penal mexicano que fungió como fuente de inspiración para el legislador mexicano contemporáneo en la creación del tipo de operaciones de recursos de procedencia ilícita, como se desprende de su propia exposición de motivos en donde se hace alusión a que dicho injusto se tipificó en nuestro país como medio de combate frontal a los grupos organizados y al tráfico indiscriminado de estupefacientes.

## B.2. El grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) 1989

Fue establecido en 1989 por el G-7, el cual es un grupo compuesto por las 7 naciones más industrializadas del mundo (Alemania, Canadá, Estados Unidos de América, Francia, Italia, Japón y Reino Unido), y es un organismo intergubernamental que elabora y promueve medidas para combatir el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo, y la fabricación de armas de destrucción masiva. Su mandato inicialmente expiraba en agosto de 2004 pero fue renovado hasta diciembre de 2012, para posteriormente en abril de dicho año, renovarse hasta el año 2020. Actualmente dicho grupo está compuesto por 24 países y dos organismos internacionales, sus reuniones son plenarias y se hacen 3 veces cada año.<sup>16</sup>

Después de 8 meses de haber sido creado, el GAFI emitió el documento conocido mundialmente como “las 40 recomendaciones”, las cuales funcionan como eje de sus acciones. Algunas de las recomendaciones en relación con el delito de lavado de dinero son las siguientes:

- a) Los países deberán tipificar el lavado de dinero con base en las Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena 1988).
- b) Como delitos previos al lavado de dinero han de incluirse todos aquellos que la legislación del país considere como graves o los que sean punibles con más de un año de prisión.
- c) Como delitos previos al delito de lavado de dinero se abarcarán conductas que hayan sido cometidas en otros países, siempre y cuando en el país que se

---

<sup>16</sup>Vicepresidencia de Supervisión de Procesos Preventivos, “Grupo de Acción Financiera Internacional Sobre el Blanqueo de Capitales” Comisión Nacional Bancaria y de Valores.  
[http://200.123.148.177:8080/documentos%20GAFI/40rec\\_es.pdf](http://200.123.148.177:8080/documentos%20GAFI/40rec_es.pdf). Fecha de consulta: 3 de diciembre del 2013.

investigan esas conductas también constituyan delito, es decir, se debe respetar el principio de doble incriminación.

- d) Los países pueden establecer que el delito de lavado de dinero no sea aplicable a personas que hayan cometido el delito previo cuando así lo requieran los principios fundamentales de sus legislaciones.

A pesar que las recomendaciones del GAFI no tienen fuerza vinculativa a diferencia de la Convención de Viena antes mencionada, la influencia de este grupo es enorme por la única razón de que está compuesta por los países con los grupos financieros más grandes e importantes del mundo, aunado a que los países que no acatan sus recomendaciones son expuestos en una publicación de listas denominada “países no cooperantes”. Para 2009 no figuraba nadie en esa lista.<sup>17</sup>

México se incorporó a dicho Grupo de Acción Financiera Internacional en el año 2000, teniendo una participación muy importante en nuestro país. Como se estableció en la introducción de la presente tesis profesional, fue dicho grupo quién recomendó a nuestro país adoptara medidas tendientes a identificar operaciones ilícitas en efectivo y obligar a que distintos sectores económicos como el de la joyería, el automotriz, el inmobiliario, el de juegos y apuestas, e inclusive las asociaciones civiles que reciban donativos, tengan que identificar a sus clientes y reportar a quién rebase los umbrales establecidos. Dicha recomendación fue atendida por México y se vio materializada con la reciente creación de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y de Financiamiento al Terrorismo.

---

<sup>17</sup> Libro de estudios estándares internacionales de cumplimiento anti lavado (ACAMS), *Association of certified anti-money laundering specialists*; <http://www.ssf.gob.sv/images/stories/lavdinero.gif>. Fecha de consulta: 3 de diciembre del 2013.



### **B.3. Convenio del consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y decomiso de los productos derivados de los actos derivados (convenio de Estrasburgo) 1990.**

El convenio de Estrasburgo junto con la Convención de Viena son las convenciones más importantes en materia de lavado dinero. Si bien el propósito inicial de dicha convención era la represión al tráfico de drogas, esta convención fijó un rumbo excepcional en la política criminal internacional sobre el blanqueo de capitales, al extender en su artículo 6 (los delitos de blanqueo) a todo acto criminal diferente al tráfico de drogas, cuestión que lo diferencia de la Convención de Viena, ya que amplía el catálogo de delitos previos (el Convenio no se circunscribe a que provengan exclusivamente de un delito en materia de tráfico ilícito de estupefacientes).

Otra diferencia entre ambos consiste, en que la Convención de Estrasburgo es el primer convenio internacional en el que se establecen aspectos procesales de cooperación entre países que permiten entre otras medidas las siguientes:

- A) La posibilidad de iniciar una averiguación penal no obstante que el delito del que provengan los bienes no se haya cometido en dicho país.
- B) La posibilidad de que el delito de lavado no se aplique a los autores del delito del que provienen los recursos.
- C) La posibilidad de que un Estado que investigue el blanqueo y sea auxiliado para obtener pruebas sobre su existencia, localización, o movimiento, naturaleza situación jurídica, o valor de los bienes, por el Estado donde se cometió el delito previo.

- D) La posibilidad de que sin que medie justificación alguna, los Estados puedan compartir información, cuando se considere que el Estado que la recibe puede iniciar o llevar a cabo una investigación.
- E) La obligación de que, por solicitud del Estado que haya iniciado un procedimiento penal o uno con fines de confiscación, el Estado requerido tome medidas provisionales como el bloqueo o embargo; éstas deberán encontrarse sujetas a que la legislación del Estado requerido lo permita.<sup>18</sup>

Como se puede observar, la convención de Estrasburgo fue un parte aguas contra al combate al lavado de dinero, puesto que delineó por primera vez aspectos procesales de cooperación internacional, mismos que son utilizados en nuestros días, ya que si bien existían acciones y planes de combate establecidos tanto en la Convención de Viena como por el grupo GAFI, estos carecían de un apoyo internacional.

De lo anterior se puede colegir, que la Convención de Estrasburgo fue el primer paso para la obtención de una política criminal internacional orientada al combate al blanqueo de bienes.

La única determinación que por nuestra parte podría criticársele a esta convención, es el haber incrementado el catálogo de delitos previos “generadores” del delito de lavado de dinero, ya que al incrementar dicho catálogo crea problemas de aplicación. En ese sentido estamos de acuerdo con la Convención de Viena en el sentido de establecer que como único delito previo al de operaciones con recursos de procedencia ilícita se encuentra el del narcotráfico.

---

<sup>18</sup>ÁLVAREZ PASTOR, Daniel y EGUIDAZU FERNÁNDEZ, *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 69-70.

#### **B.4. Regulación modelo de la organización de estados americanos sobre lavado de dinero 1992.**

El Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, se creó como resultado de las disposiciones establecidas en la convención de Viena detalladas anteriormente, así como diversas recomendaciones realizadas por el GAFI.

En 1992 se aprobó dicho reglamento el cuál contenía dentro de su artículo 2º, conductas de delito conocidas como lavado de dinero, algunas de ellas son:

- a) La conversión o transferencia de bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional de que éstos son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos.
- b) La adquisición, posesión, tenencia, o utilización de bienes a sabiendas, debiendo, saber o con ignorancia intencional de que éstos son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos.
- c) El ocultamiento, encubrimiento o impedimento para determinar la naturaleza origen, origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o derechos relativos a tales bienes, a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional de que éstos son producto de un delito de tráfico ilícito o conexos.
- d) La participación en la comisión de alguna de los delitos tipificados en este artículo, la asociación o la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, la asistencia, la incitación pública o privada, la facilitación o asesoramiento en relación con su comisión o la ayuda a cualquier persona

que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias de sus acciones.<sup>19</sup>

Dicho reglamento en su artículo 2º, estableció pormenorizadamente modalidades de conducta típica en el injusto de lavado de dinero, como lo son la “adquisición”, “posesión”, “tenencia”, “utilización”, entre otras, que a la postre fueron utilizadas por diferentes países al tipificar la conducta que nos ocupa. Tal es el caso de nuestro país, que en su artículo 400 bis, del Código Penal Federal, enuncia la mayoría de dichas conductas.

Para mayor claridad me permito citar en lo conducente el *numeral in examine* el cual establece:

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, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita”.

De igual manera, el citado reglamento acoge temas de culpabilidad, al establecer dentro de las conductas de delito, mismas que se enuncian en su artículo 2º los vocablos “*a sabiendas*”, “*debiendo saber*”, o con “*ignorancia intencional*”, lo que da cabida a la comisión del delito de lavado de dinero en su comisión imprudente, o como el maestro alemán Jeschek indica, “la infracción del deber de cuidado”,<sup>20</sup> encontrándose junto a esta, la previsibilidad, cognosibilidad, o

<sup>19</sup> Undécimo Periodo Ordinario de Sesiones. Informe Final del Grupo de Expertos encargado de preparar el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado relacionado con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, Punta del Este, Uruguay, marzo de 1992.

<sup>20</sup> JESCHEK, Hans –H, *Derecho Penal, Parte General*, p.797; en la configuración del deber objetivo de cuidado, habrán de distinguirse dos aspectos:

- 1) Deber de cuidado interno, consistente en el deber de examen previo que permite distinguir el peligro.
- 2) Deber de cuidado externo, con tres manifestaciones:
  - a) Deber de omitir acciones peligrosas tanto aquellas cuya realización ya excede el riesgo permitido como las realizadas cuando la falta preparación técnica para una cierta actividad

advertibilidad y evitabilidad del resultado presupuestos o requisitos de la conducta imprudente.

## B.5 Regulación en México

Contrario a lo que ocurrió en Estados Unidos con el Acta del Secretario Bancario *The Bank Secrecy Act* de 1970, nuestro país empezó su lucha contra el lavado de dinero con la penalización. En primer lugar, como se detalló anteriormente, México suscribió la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena) y de esa manera manifestó su voluntad en tomar medidas contra dicho fenómeno.

A partir de 1989, en México se empieza a discutir su tipificación dentro del rubro de delitos fiscales en el Código Fiscal de la Federación.

Es así como dentro del proyecto de reforma a la miscelánea fiscal del 13 de noviembre de 1989, fue incluido el artículo 115 bis a dicho Código, y una vez aprobado, se publicó el 28 de diciembre de 1989, para posteriormente entrar en vigor el 1º de enero de 1990. El ilícito aparecía contenido en el artículo 115- bis del Código Fiscal de la Federación, conocido como lavado de dinero. Artículo que años después se derogó.<sup>21</sup>

Los motivos por los cuales el delito de lavado de dinero fue contenido en un delito especial, en una Ley de carácter Federal como lo es el Código Fiscal de la Federación aún no quedan claros. Sin embargo, una de las razones que pude considerarse, es la creciente preocupación del Gobierno Federal por detectar los capitales provenientes de actividades del narcotráfico. Otro aspecto que podría

---

b) Deber de preparación e información previa.

c) Deber actuar prudentemente en situaciones peligrosas.

<sup>21</sup> Código Fiscal de la Federación, Tomo I, SHCP, México, 1995.

tomarse en cuenta es que los capitales sujetos al proceso de lavado de dinero son detectados principalmente a través de la vía fiscal.

El 19 de marzo de 1996, el Poder Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión una iniciativa de reforma a diversas leyes en materia penal, en la cual veía incluida la derogación del artículo 115 Bis, del Código Fiscal de la Federación, el cual sería sustituido por el artículo 400 Bis, del Código Penal Federal, que estaría contenido en el Capítulo II del Título Vigésimotercero, denominando a dicho injusto operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Posterior a los debates y observaciones que realizaron ambas Cámaras integrantes del Congreso de la unión, dicho decreto fue aprobado y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 13 de mayo de 1996.<sup>22</sup>

Una vez que han quedado establecidos en lo que interesa, los antecedentes históricos y legislativos del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, se procede a entrar al estudio de uno de los temas medulares de la presente tesis profesional, el cual consiste en desentrañar la problemática que el delito previo genera.

A continuación se abordarán diversos temas de gran importancia, entre los cuales se encuentra, la naturaleza del delito previo, si el mismo constituye un elemento del tipo penal de lavado de dinero, o bien, constituye una condición objetiva de punibilidad, elemento necesario para que una conducta antijurídica pueda ser sancionada.

De igual manera se señalarán los sistemas de clasificación del delito previo generalmente aceptados, para una vez que los mismos han sido analizados, establecer cuál de ellos es el que impera en nuestro país, y de esa manera

---

<sup>22</sup> Diario Oficial de la Federación, 13 de mayo de 1996.

desentrañar si tal como literalmente establece el tipo penal contenido en el numeral 400 bis, del Código Penal Federal el delito previo o antecedente puede ser cualquier actividad ilícita, o bien, el delito base sólo puede ser alguno en específico.

## CAPÍTULO II

### EL DELITO PREVIO EN EL DELITO DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA

El objeto material del delito previo puede estar constituido por cualquier recurso, derecho o bien, sea valorable o no económicamente, susceptible de ser incluido o no en el conjunto del patrimonio, siempre y cuando sea obtenido con anterioridad, y el mismo provenga de alguna actividad ilícita según lo estipulado por el artículo 400 Bis del Código Penal Federal.

Al respecto Angélica Ortiz Dorantes en su libro “el delito de lavado de dinero”, establece:

Lo anterior quiere decir que no cualesquiera recursos, derechos o bienes pueden ser objeto material de este delito. Únicamente podrán constituir éste aquellos que procedan o representen el producto de una actividad ilícita. Este ilícito origen es de tal manera importante que se refleja incluso en el nombre del delito: operaciones con recursos de procedencia ilícita.<sup>23</sup>

Así pues, lo que en principio ha de cuestionarse, es qué se entiende por delito, puesto que únicamente de una actividad ilícita calificada como tal se obtendrán los recursos derechos o bienes susceptibles de ser “lavados” o “blanqueados”.El artículo 7 del Código Penal Federal establece para tal efecto: “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.”<sup>24</sup>

Puede establecerse que, para la configuración del delito de lavado de dinero es necesaria la aparición de un delito previo, anterior, subyacente, o cuanto nombre se le quiera dar, de donde provengan esos recursos, derechos o bienes. Es decir, el delito previo se vuelve necesario para que el injusto de operaciones con recursos de procedencia ilícita pueda existir en la vida jurídica.

---

<sup>23</sup> ORTIZ DORANTES, Angélica, *El delito de lavado de dinero en México*, Porrúa, México, 2011, p.127.

<sup>24</sup> Código Federal de Procedimientos Penales, Porrúa, México, 2007.



Y es que precisamente, es del delito previo de donde el activo del delito obtiene los recursos, derechos o bienes que pretende incorporar al ciclo económico revestido de una aparente legalidad desviando la atención de las autoridades de su verdadero origen. Es por ello, que algunos autores señalan que, “el crimen antecedente es considerado un presupuesto del tipo de blanqueo y, por ello su inexistencia imposibilita éste.”<sup>25</sup>

Ahora bien, el hecho de que el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita necesite para su configuración, la aparición previa de diverso delito, no quiere decir que el mismo deje de ser autónomo, consecuencia de ello es que no necesite de otro para subsistir, esto claro, únicamente en cuanto hace al aspecto procesal de investigación y sanción, pero como ya se mencionó necesita como presupuesto de configuración la comisión de un ilícito previo.

Al respecto, conviene de nueva cuenta citar a Ortiz Dorantes la cual señala:

La doctrina dominante señala que el delito de operaciones/blanqueo es autónomo y, en consecuencia, no depende de ningún otro, Tal afirmación es válida siempre que se refiera – lo que se analiza con detalle *infra* –al aspecto procesal de investigación y, en su caso, sanción de éste, Sin embargo, como se ha señalado con toda contundencia, este injusto necesita de uno anterior para existir.<sup>26</sup>

A continuación pasamos de lleno al tema que nos interesa, en lo que hace a la naturaleza jurídica del delito previo, tema del que tanto se ha hecho alusión.

## **A. La naturaleza jurídica del delito previo**

Previo al análisis de los sistemas de clasificación que existen en los diversos sistemas jurídicos de distintos países, y a establecer cuál es el adoptado por México dentro del tipo penal 400 Bis, del Código Penal Federal, se estudiará

---

<sup>25</sup> CALLEGARI, André Luis, *El delito de blanqueo de capitales y la ley brasileña, en derecho penal contemporáneo*, LEGIS, Bogotá, octubre- diciembre 2003, p. 95.

<sup>26</sup> ORTIZ DORANTES, *op.cit.*, p.129.

naturaleza jurídica del delito previo. Al respecto existe una pregunta obligada, ¿qué naturaleza tiene el delito previo, predicado, antecedente o base?, es decir a que categoría dogmática pertenece este presupuesto. Las dos principales posturas que sostiene la doctrina son: a) es un elemento normativo del tipo; b) constituye una condición objetiva de punibilidad. Me ocupo a continuación de éste tema.

### A.1. Delito previo como elemento normativo

Es doctrina dominante que los elementos normativos no pueden ser captados por los sentidos y por tanto exigen una valoración jurídica. Al respecto Díaz y García Conlledo en su libro “sobre los elementos normativos del tipo penal” señala:

Creo que los dos grupos iniciales de definiciones de los elementos normativos son las que se fijan en el proceso de aprehensión o entendimiento de los mismos y las que se fijan con otras normas de los elementos normativos del tipo”.

[...]

Los elementos normativos del tipo no son accesibles por la mera observación sensorial, sino que es necesario un proceso de comprensión intelectual o espiritual o un proceso valorativo – según algunos reservado al juez- para comprenderlos o aprehenderlos en toda su significación.

[...]

“El elemento normativo se define por su conexión con normas, es decir, por el hecho de que los mismos remiten a o presuponen una norma – jurídica o no-, de modo que para determinar su contenido hay que acudir a las normas.”<sup>27</sup>

La mayoría de los autores, consideran que el delito previo o generador del delito de operaciones, es un elemento normativo del tipo, pues su existencia constituye un elemento más del tipo objetivo y su prueba condiciona la tipicidad.

Uno de ellos es el penalista brasileño Fabio Roberto D`Avilla, el cual considera, al referirse al tipo penal brasileño, “que la técnica adoptada por el legislador ha hecho que el crimen antecedente sea elemento objetivo del tipo.”<sup>28</sup>

<sup>27</sup>DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El Error Sobre Elementos Normativos Del Tipo Penal*, La Ley, España, 2008, pp. 47-48.

<sup>28</sup>D`AVILLA, Fabio, *A certeza do crime antecedente como elementar do tipo nos crimes de lavagem do capiteis*, Citado por ORTIZ DORANTES, *op.cit.*, P.130

En el mismo sentido se encuentra Héctor Hernández Basualto, Maestro de la Universidad Diego Portales de Chile, y Ministerio Público de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero y Delitos Económicos de la Fiscalía Nacional de Chile, pues establece que el delito base representa un elemento normativo del tipo penal, que evidentemente debe de ser considerado acreditado.<sup>29</sup>

De forma poco contundente, México, al igual que Chile y Brasil, ha sostenido la postura de que el delito previo o antecedente al de operaciones, constituye un elemento normativo del tipo penal, así lo manifestaron los Magistrados del Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, dentro del Amparo en revisión 42/2000, de fecha 8 de junio de 2000, la cual diera origen a la siguiente tesis aislada:

**OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA, DELITO DE. PARA SU CONFIGURACIÓN SE REQUIERE LA COMPROBACIÓN, ENTRE OTROS, DE UN ELEMENTO NORMATIVO.** El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto y sancionado por el artículo 400 bis del Código Penal Federal, requiere para su integración que se demuestre en autos, entre otras cuestiones, que los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, provienen efectivamente de actividades ilícitas, si se toma en cuenta que dicha circunstancia es un elemento normativo de dicho injusto, de conformidad con lo previsto en el penúltimo párrafo del citado artículo 400 bis, el cual dispone: "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.". Lo anterior es así si se considera que el elemento normativo se define como aquellas situaciones o conceptos complementarios impuestos en los tipos que requieren de una valoración cognoscitiva, jurídica, cultural o social. De ahí que en el caso se estime el concepto aludido como un elemento normativo por definirlo así el propio tipo penal.<sup>30</sup>

Como se puede observar, en nuestro país no existe aún criterio sostenido al respecto, por lo menos en lo que respecta a los órganos de impartición de

---

<sup>29</sup>HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *El Delito de Lavado de Dinero* en AA.VV. Informes en Derecho, Ministerio Público, Santiago, 2005, pp. 321 y ss.

<sup>30</sup>SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO. Amparo en revisión 42/2000. 8 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Daniel Cabello González. Secretaria: María Guadalupe Romero Esquer.TAJ; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, Septiembre de 2000; p. 779.

justicia, ya que apenas existe una tesis aislada del órgano judicial en cita que establece de manera escueta la solución a la interrogante planteada dentro del presente apartado, lo que hace interesante y novedosa su investigación.

De lo anterior se puede colegir, que de acuerdo a esta corriente de pensamiento, el elemento normativo del tipo penal de operaciones con recursos de procedencia ilícita o blanqueo de bienes, lo constituyen los recursos, derechos o bienes, que provengan directamente o indirectamente o bien sean representativos de las ganancias obtenidas de un ilícito subyacente o previo, al de lavado de dinero, pues precisamente son estos los que pretenden ser blanqueados o tener una apariencia legal, valiéndose el agente de cualquiera de las conductas establecidas en el artículo 400 Bis, del Código Penal Federal.

Dichos recursos, derechos o bienes, requieren de una valoración cognoscitiva y jurídica por parte del agente, para caer en cuenta que estos son fruto o resultado de una conducta típica que la ley clasifica como delito.

A continuación procederé a establecer la postura que considera que el delito previo constituye una condición objetiva de punibilidad, para posteriormente dar nuestra toma de posición al respecto.

## **A.2. Delito previo como condición objetiva de punibilidad**

Una parte más reducida de la doctrina, considera que el delito previo antecedente del injusto de operaciones con recursos de procedencia ilícita, lo constituye las condiciones objetivas de punibilidad, entendiéndose éstas según establece el maestro Muñoz Conde como “las circunstancias que, sin pertenecer al injusto o a la culpabilidad, condicionan en algún delito concreto la imposición de una

pena. Al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refiera a ellas el dolo del autor, siendo indiferente que sean o no conocidas por él.”<sup>31</sup>

Por su parte, el maestro Jiménez de Asúa, establece al respecto que las condiciones objetivas de punibilidad “... son presupuestos procesales a los que a menudo se subordinan a la persecución de ciertas figuras de delito.”<sup>32</sup>

Como se puede observar, tanto Muñoz Conde, como el maestro español Jiménez de Asúa, son consistentes al establecer que las condiciones objetivas de punibilidad, son circunstancias ajenas al tipo penal, pero que actúan como condicionantes para la aplicación de la pena a algún injusto, o bien, se subordinan a su persecución.

En vías de aterrizar los conceptos anteriormente aludidos, me permito exponer lo siguiente: por ejemplo, en el delito de uso de documento falso inmerso en el artículo 245 del Código Penal Federal, no se establece dentro de su descripción típica las siguientes finalidades o propósitos: a) El propósito de sacar algún provecho para sí o para otro, o causar un perjuicio; b) La potencialidad de resultar perjuicio en contra de terceros; y c) La falsificación sin el consentimiento del tercero potencialmente afectado; sin embargo es claro que aunque no vengán señalados de forma expresa, intrínsecamente estas se traducen en condicionantes reveladoras de la trascendencia social y criminológica del acto mismo de falsificación.

Para mayor claridad me permito citar la siguiente tesis aislada, emitida por los Magistrados del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, la cual a la letra dice:

**USO DE DOCUMENTO FALSO. EL HECHO DE QUE ESTE DELITO NO CONTENGA EN FORMA EXPRESA CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD, NO SIGNIFICA**

---

<sup>31</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del delito*, Tirant lo Branch, Valencia, 2004, p.180.

<sup>32</sup>JIMENEZ DE ASÚA, Luis, *La Ley y el Delito. Principios de Derecho penal*, 10ª. Ed; Sudamericana, Buenos Aires, 1980, p. 425.

**QUE LA AFECTACIÓN A TERCEROS Y AL PROPIO BIEN JURÍDICO NO SE PREVEA IMPLÍCITA EN LA PROPIA CONDUCTA, YA QUE LA NATURALEZA DEL TIPO PRESUPONE EL USO CONSCIENTE DE UN DOCUMENTO APÓCRIFO.**

Las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, establecidas en el numeral 245 del Código Penal Federal se traducen en condicionantes reveladoras de la trascendencia social y criminológica del acto mismo de la falsificación, entendida como la conducta que produce y aporta al mundo fáctico un documento apócrifo, lo cual es razonable desde la lógica más elemental, en virtud de que su existencia per se, sobre todo tratándose de documentos privados, no necesariamente conduce a establecer una afectación real o potencial al bien jurídico tutelado, sino sólo cuando con esa elaboración o acto material de alteración y falsificación concurren además: a) El propósito de sacar algún provecho para sí o para otro, o causar un perjuicio; b) La potencialidad de resultar perjuicio en contra de terceros; y c) La falsificación sin el consentimiento del tercero potencialmente afectado. Sin embargo, la diversa conducta de hacer uso del documento falso, a sabiendas de ello, presupone y lleva implícita la presencia de esas circunstancias reveladoras de una trascendencia social por la evidente puesta en peligro del bien jurídico tutelado, que lo es la certeza y veracidad que corresponde a la expedición de documentos, de modo que, resulta obvio que todo aquel que use un documento a sabiendas de su falsedad o de su carácter apócrifo, denota la intención de obtener algún tipo de beneficio y la potencial transgresión, por razón del estado de peligro que produce, al bien jurídico. Por tanto, el hecho de que en forma expresa (*expresis verbis*) no se contenga en la descripción típica de referencia, la exigencia adicional de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, no significa que esa afectación potencial a terceros y al propio bien jurídico no se prevea implícita en la propia conducta que constituye el núcleo del tipo, ello en función precisamente de la naturaleza de dicha descripción típica que presupone el uso consciente de un documento apócrifo, de manera que también se presuponen las peculiaridades de dicha falsificación.<sup>33</sup>

Regresando al tema en estudio, – la naturaleza jurídica del delito previo- el Maestro Isidoro Blanco Cordero, remitiéndose a la corriente de pensamiento del jurista alemán Acckerman, establece que este último afirma, que el delito predicado es una condición objetiva de punibilidad, ello, a pesar de que el autor parte de la idea de que ésta es una circunstancia que sobreviene después o como consecuencia de una acción y no necesita estar abarcada por el dolo.

Algunos de los argumentos que sostiene van en el siguiente sentido:

- a) Como consecuencia de un hecho punible el Estado puede solicitar la confiscación de bienes (ilegales) y, entonces, este hecho no es sólo condición de la confiscación sino, también, de la punibilidad del lavado;

---

<sup>33</sup> Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito Amparo directo 575/2004. 28 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Jorge Hernández Ortega.

- b) Si la participación en grado de tentativa es impune también debe ser impune la tentativa inidónea en blanqueo de capitales, ya que esto último constituye una participación independientemente posterior al hecho, y;
- c) El blanqueador no debe tener ningún conocimiento concreto del hecho previo.<sup>34</sup>

Por último, y en relación con lo anteriormente apuntado, el maestro Rogelio Figueroa Velázquez establece:

Por último, la interpretación de que el hecho previo es una condición objetiva de punibilidad, se justifica como resultado de consideraciones sistemáticas. Si la participación en grado de tentativa según el artículo 25 del Código Penal Suizo no es merecedora de pena y, por tanto, impune, también debe ser impune la tentativa inidónea de lavado de dinero, ya que este último constituye una participación independiente posterior al hecho.<sup>35</sup>

### **A.3. Toma de posición**

Una vez que se han analizado las dos posturas acerca de la clasificación del delito previo -la que considera a éste como elemento normativo del injusto de lavado de dinero, y la que lo considera como condición objetiva de punibilidad-, he de establecer que coincido con la primera de ellas.

Lo anterior es así, ya que se estima correcta la apreciación realizada por los Magistrados del Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, puesto que el delito previo al de operaciones se constituye en una situación complementaria al tipo penal impuesto en el numeral 400 bis del Código Penal Federal, ya que como ha quedado establecido, el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita no puede existir en la vida jurídica sin su relación de contubernio con el delito subyacente, amén de que su prueba acredita la tipicidad del injusto en estudio.

---

<sup>34</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de Blanqueo de Capitales*, Thompson Reuters Aranzadi, 3º edición; España, 2012, P. 226.

<sup>35</sup> FIGUEROA VELÁZQUEZ, *op.cit.*, P.199.

Para tal efecto, basta recordar lo establecido por Angélica Ortiz Dorantes al establecer el papel que juega el delito subyacente, ya que señala que tal ilícito es de tal manera importante que se refleja incluso en el nombre del delito: operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Así pues, el delito previo debe valorarse jurídica y cognoscitivamente para demostrar su existencia, y una vez que se haya acreditado esta junto con los demás elementos del tipo penal, se habrá actualizado el injusto de Operaciones Con Recursos de Procedencia Ilícita.

En cambio, me muestro totalmente en contra de aquellos que entienden al delito previo como condición objetiva de punibilidad. En primer lugar, y atendiendo a lo establecido por Muñoz Conde y Jiménez De Asúa, las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias ajenas al tipo penal de que se trate, que condicionan la imposición de una pena, o bien, como el último de los autores establece, condicionan su persecución, situación que en la especie no opera, ya que si atendemos al penúltimo párrafo del citado artículo 400 Bis, del Código Penal Federal, podemos concluir claramente que los recursos derechos o bienes deben provenir directa o indirectamente de alguna actividad ilícita, por lo tanto es inconcuso que el acreditamiento del delito previo si se encuentra inmerso dentro de los elementos del tipo penal que nos ocupa.

En segundo lugar, y en atención a los argumentos esgrimidos por el jurista alemán Ackerman, reafirmo que el delito previo no es una condición objetiva de punibilidad, ya que como él mismo señala, estas son circunstancias que sobrevienen después o como consecuencia de una acción. Lo que de ninguna manera encuadra en el injusto en estudio, si tomamos en cuenta que los recursos derechos o bienes que constituyen el objeto material del delito, deben ser obtenidos de forma anterior, y provenir exclusivamente de un ilícito.



Resulta imposible, que se actualice el delito de operaciones si, previamente a cualquiera de las conductas que puedan dar lugar a éste, no se ha cometido, un ilícito penal que habrá de generar los recursos, derechos o bienes susceptibles de integrar el objeto material del tipo en estudio. Sobre esta cuestión considero de manera categórica que no deja duda o discusión posible.

Una vez estudiadas las dos posturas existentes acerca de la naturaleza del delito previo, y haber tomado partido por una de ellas, abordaré el tema por demás esperado, esto es, cuáles y cuantas son las formas de clasificación del delito previo generalmente aceptadas o utilizadas por los distintos ordenamientos jurídicos, para establecer cuáles son los delitos que pueden servir de antecedente al de operaciones con recursos de procedencia ilícita, y posteriormente señalar, cuál de ellas es la que impera en nuestro país.

## **B. FORMAS DE DELITO PREVIO**

Como recordaremos al principio de la presente investigación, el primer intento para instaurar las formas de delito previo o generador, del cual proviene el dinero, los derechos, o los bienes afectos al lavado de dinero, fue dado en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, mejor conocida como la Convención de Viena de 1988, misma, que en su artículo 1º restringe el lavado de dinero exclusivamente a los bienes procedentes de delitos de drogas tóxicas o estupefacientes.

Posteriormente dicho catálogo se fue extendiendo, considerando al hecho previo, como todo acto criminal diferente al tráfico de drogas, tal como lo enmarca el Convenio de Estrasburgo de 1990 en su artículo 6º.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Cada una de las Partes adoptará aquellas medidas legislativas o de otra clase que puedan ser necesarias para considerar como delitos en virtud de su derecho interno, cuando sean cometidos de forma intencionada:  
a. la conversión o transmisión de propiedades, con conocimiento de que dichas propiedades son producto de un delito, con el propósito de ocultar o disfrazar el origen ilícito de las mismas o de ayudar a cualquier persona que esté implicada en la comisión del delito base a evadir las consecuencias legales de sus acciones;

Tiempo después, la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas se manifestó en el mismo sentido,<sup>37</sup> en la medida en que el fenómeno de lavado de dinero no afecta únicamente al producto de delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, sino también al de otras actividades delictivas, como ejemplo de éstas podemos encontrar: la Delincuencia Organizada, el tráfico de armas, el terrorismo, el secuestro, la extorsión, por mencionar algunas.

De lo anterior, se puede afirmar que no existe una forma de clasificación general para establecer el delito previo o generador del delito de lavado de dinero, lo que ha dado lugar a que cada país, al adoptar los diversos Tratados, convenciones o reglamentos a su derecho interno, establezcan la clasificación que estimen conveniente. En el caso de México, existe confusión para desentrañar el sistema que el legislador intento adoptar para establecer el delito previo del ilícito que nos ocupa, dando pie a que tanto juristas, litigantes o los distintos órganos de la administración de justicia intenten encontrar la solución.

---

**b.** la ocultación o disfraz de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento, propiedad o derechos en relación con propiedades, con conocimiento de que dichas propiedades son producto de un delito; y, sujeta a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su sistema jurídico:

**c.** la adquisición, posesión o uso de propiedades, con conocimiento de que, el momento de su recepción, dichas propiedades eran producto de un delito;

**d.** la participación en, asociación o conspiración para cometer, tentativa de cometer y ayudar, inducir, facilitar y aconsejar cometer cualquiera de los delitos que se establezcan de acuerdo con este artículo.

**2.** A los fines de la puesta en práctica o aplicación del apartado 1 del presente artículo:

**a.** será irrelevante que el delito base esté sometido o no a la jurisdicción criminal de la Parte;

**b.** podrá disponerse que los delitos a que se refiere aquel apartado no sean Le aplicación a las personas que cometieron el delito base;

**c.** el conocimiento, la intención o la finalidad exigida como elemento de los delitos a que se refiere aquel apartado pueden deducirse de circunstancias objetivas, basadas en hechos.

**3.** Cada una de las Partes podrá adoptar aquellas medidas que considere necesarias para establecer también como delitos en virtud de su derecho interno todas o algunas de las acciones a que se refiere el apartado 1 de este artículo, en todos o algunos de los siguientes casos, cuando el delincuente:

**a.** debería haber presumido que la propiedad era producto de un delito;

**b.** actuó con el móvil de obtener un beneficio;

**c.** actuó con la finalidad de facilitar que se llevaran a cabo más actuaciones delictivas.

**4.** Cada una de las Partes podrá, en el momento de la firma o cuando deposite su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, declarar que el apartado 1 de este artículo se aplicará solamente a los delitos base o categorías de dichos delitos que se especifiquen en aquella declaración.

<sup>37</sup>Directiva 91/308/CCE, del Consejo de las Comunidades Europeas, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el lavado de capitales. (DOL núm. de 28 de junio (LCEur 1991), 7181. Preámbulo de la Directiva.

Algunos de ellos recurren al análisis de la exposición de motivos, o bien, a la interpretación literal o teleológica del artículo 400 Bis del Código Penal Federal.

Lo anterior, ha sin lugar a dudas una tarea sumamente difícil, ya que actualmente existe criterios encontrados dentro de los mismos órganos de justicia, quiénes no establecen de manera clara, cuál de los sistemas de clasificación del delito previo para el delito de lavado de dinero, se encuentra inmerso en la descripción típica del tan mencionado artículo 400 Bis, del Código Penal Federal.

### **B.1. Delitos contra la salud**

La primera clasificación generalmente aceptada, fue la que consideraba a los delitos contra la salud como los únicos que podían ser hechos generadores o previos del delito de lavado de dinero, sistema el cual, se desprende del artículo 3º<sup>38</sup> de la multicitada convención de Viena de 1988.

---

<sup>38</sup> 1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

- a) i) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971;
- ii) el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada;
- iii) la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado
- iv) la fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines;
- v) la organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii) o iv);
- b) i) la conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;
- ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;
- c) a reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:
  - i) la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;
  - ii) la posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para tales fines;

Este sistema como se estableció anteriormente, fue ratificado dentro del Reglamento Modelo de la Organización de Estados Americanos de 1992, determinando que el único delito previo que podía dar origen al tipo de Operaciones, podía ser el narcotráfico.

La influencia de la Convención de Viena se dejó ver en muchos países cuyas legislaciones admitieron únicamente al narcotráfico como delito previo al de operaciones, tal es el caso de España, Portugal, Reino Unido, Venezuela, Panamá, entre otros.<sup>39</sup>

Resulta por demás evidente, que el delito de narcotráfico es el delito previo por excelencia, ya que las primeras Convenciones y Reglamentos que trataban de reglamentar el delito de Operaciones, lo catalogaban como única fuente de donde podían emanar los recursos susceptibles de ser “lavados” o “blanqueados”.

En mi opinión, esto obedece en gran medida a las circunstancias de cada momento, pues como se estableció en el proemio de la presente tesis profesional, los grupos delincuenciales han avanzado de la mano de la tecnología, incluyendo cada vez más en su haber actividades ilícitas. Ejemplo de ello, son los sistemas financieros, lo cuales son usados con mayor afluencia para distraer el origen o nacimiento de los recursos obtenidos de manera ilícita.

---

iii) instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer alguno de los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo o a utilizar ilícitamente estupefacientes o sustancias sicotrópicas;  
iv) la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

<sup>39</sup>ORTIZ DORANTES, op.cit; p. 135.

## B.2. Sistema *numerus clausus*

En este sistema, se elabora una lista de delitos determinados, los cuáles son los únicos que pueden ser previos o generadores del delito de lavado de dinero.

Un ejemplode ello es Brasil, en donde la ley hace mención expresa a los delitos precedentes que pueden dar origen al delito de blanqueo de bienes. El legislador brasileño acoge el sistema restringido, según el cual el delito previo está expresamente previsto en la ley, es decir, el legislador ha decidido por razones de política criminal incluir un grupo de delitos concretos como idóneos para generar los bienes objeto material del delito de blanqueo. Esta conclusión está expresa en la Ley No 9.613/98, pues los delitos previos pueden generar el objeto material del delito de blanqueo son sólo los que viene descritos en la ley.<sup>40</sup>

Otro claro ejemplo de este sistema es Estados Unidos de Norte América, quien tiene establecido un amplio catálogo de delitos previos, y Cuba, país en el que se incluyen delitos de tráfico ilícito de drogas, armas o personas, o relaciones con el crimen organizado.

Este sistema se ha enfrentado a diversas críticas por parte de estudiosos den derecho, tal es el caso del maestroespañol Fabián Caparros<sup>41</sup> y el penalista Díez Ripolles,<sup>42</sup> quienes consideran que con la utilización de este sistema se corre el peligro de que queden excluidas de la lista o de del catálogo, conductas de igual o mayor gravedad. Otro problema sería el que la delincuencia organizada amplía cada vez más su campo de acción, lo que daría como consecuencia que

---

<sup>40</sup>CALLEGARI, *op.cit.*, p.174.

<sup>41</sup>FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *Consideraciones de Urgencia Sobre la Ley orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de Modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en Materia de Tráfico de Drogas (especial referencia de al tratamiento de actividades económicas ligadas al narcotráfico)*, en ADPCP, tomo XLVI, mayo- agosto, 1993, p. 614.

<sup>42</sup>DÍEZ, RIPOLLES, José Luis, *El blanqueo de capitales procedentes del Tráfico de Drogas. La Recepción de la Legislación Internacional en el Ordenamiento Penal Español*, en actualidad penal, número 32, España,1994, p. 611.

dicha lista se tuviera que reformar constantemente para encontrarse acorde a la realidad criminal de cada momento.

Por nuestra parte, se estima que la aplicación de dicho sistema podría resultar peligroso e impráctico. Peligroso, ya que como algunos de los autores mencionan, la actividad delincuencia va evolucionando día con día, lo que daría como resultado que algunas conductas de gravedad igual o tal vez mayor que las previamente establecidas, no puedan considerarse como delito previo o generador. Impráctico, resultaría que el legislador pretendiera cubrir dichas deficiencias mediante reformas o adiciones a dicho catálogo, ya que daría paso a una diarrea legislativa que riñe directamente con el principio de determinación mencionado anteriormente.

### **B.3. Sistema de categoría de delitos**

En este sistema el delito previo es determinado en alguna cualidad que lo distinga de los demás, generalmente dicha cualidad se refleja en la gravedad del delito.

Como recordaremos, en el capítulo relativo a los antecedentes internacionales del delito de lavado de dinero, el Convenio del Consejo de Europa Sobre el Blanqueo, Identificación, Embargo y Decomiso de los Actos Derivados, mejor conocida como la Convención de Estrasburgo, adoptó esta opción, pues considera a todos los delitos graves, como previos al delito de Operaciones.

La decisión del legislador español coincide con el citado Convenio del Consejo de Europa, la cual, ha sido la de optar por la comisión de un delito que tenga la consideración de grave como precedente del delito de blanqueo de bienes. Así para

la existencia del delito de blanqueo de bienes, el objeto de material puede proceder de la comisión de cualquier delito grave.<sup>43</sup>

En mi opinión, este sistema resulta el menos apto para establecer el sistema de clasificación del delito previo por dos cuestiones: la primera de ellas consiste en que el clasificar al delito previo atendiendo a una cualidad lo hace de apreciación subjetiva, lo que en nada abona establecer el delito origen del ilícito de operaciones; la segunda cuestión se ve reflejada en la apreciación de diversos estudiosos del derecho, consistente en que esa cualidad generalmente deriva en clasificar al delito previo en cuanto a su gravedad, y como se mencionó anteriormente se corre el peligro de queden excluidas conductas de igual o mayor gravedad, amén de que la gravedad de los delitos va íntimamente ligada con la realidad criminal de cada país.

#### **B.4. El sistema de cualquier delito**

Este sistema ha sido el que “aparentemente” el legislador mexicano optó para elegir o clasificar el delito previo al de operaciones con recursos de procedencia ilícita, inmerso en vigente artículo 400 Bis del Código Penal de la Federación, el cual en su párrafo sexto señala que los recursos, derechos o bienes objeto material del tipo en análisis pueden provenir directa o indirectamente, o representar las ganancias derivadas de algún ilícito.

Cabe hacer mención que se utiliza el vocablo “aparentemente” ya que aunque el sexto párrafo del artículo *sub examine* podría parecer obvio, no lo es tanto, ya que del análisis del precepto en cuestión y de su estudio lógico, bajo el método teleológico, se puede deducir que el espíritu del legislador va más allá del texto literal, lo que ha causado confusión dentro de los distintos órganos de impartición de justicia en nuestro país sin que a la fecha exista un criterio uniforme.

---

<sup>43</sup>CALLEGARI, *op.cit.*, P.114.

En mi experiencia dentro del litigio de la materia penal, he sido testigo de los distintos criterios que se tienen al respecto. Algunos juzgadores consideran que el delito previo al delito de operaciones es, como literalmente se establece “algún ilícito”, otros, consideran que únicamente el injusto generador puede ser aquellos que tienen que ver con los catalogados como “contra la salud”, y delincuencia organizada, o en el peor de los casos ni siquiera se establece de que ilícito provienen los derechos, bienes u objetos del tipo en análisis.

### **B.5. El sistema adoptado por México**

El artículo 400 Bis, del Código Penal Federal exige que exista un delito subyacente, cuestión que desde este momento se sostiene que ese delito no puede ser otro que el de narcotráfico.

El numeral en estudio en su párrafo sexto señala que los recursos, derechos o bienes objeto material del tipo en análisis deben provenir directa o indirectamente, o representar las ganancias derivadas de algún ilícito, para mayor claridad me permito transcribir en lo conducente el artículo en cita, el cual establece:

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.

[...]

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

A primera vista, el precepto en cuestión no parecería dejar duda alguna, “los recursos derechos o bienes deben de proceder o representar el producto de alguna



actividad ilícita”. Es indiscutible, que mediante una interpretación meramente gramatical del tipo penal en estudio, el legislador mexicano al establecer “algún ilícito”, deja la puerta abierta a que cualquier delito pueda actuar como subyacente o anterior al de operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Resulta de igual forma indiscutible que la ley es la expresión del legislador, en donde se pretende crear una hipótesis normativa, y para lograr entender dicha expresión debe desentrañarse el sentido que su autor pretendió darle. Al respecto el Maestro mexicano Eduardo García Maynez, en su libro “Introducción al Estudio del Derecho”, atinadamente señala:

La ley es obra del poder legislativo; éste se vale de ella para establecer el derecho; en consecuencia, su sentido debe de ser el que su autor pretendió darle. Habrá, pues, que investigar lo que el legislador quiso decir, ya que la ley es expresión suya.

[...]

No se advierte que lo querido por el legislador no coincide en todo caso con lo expresado en la ley. Pues lo que aquél pretende es expresar algo, que en su concepto debe ser derecho. Más para expresarlo tiene que valerse de un conjunto de signos que otras personas habrán de interpretar, y cuya significación no depende, si no en muy pequeña escala, del mismo legislador.<sup>44</sup>

Ahora bien, primeramente se debe de tomar en cuenta que cuando se habla de origen ilícito, el legislador no se refirió a cualquier delito. En efecto, dentro de las formas de interpretación de la ley penal, cabe desde luego aquella conocida como método exegético, la cual señala que cuando la expresión es oscura o incompleta, no basta un examen gramatical, sino que es necesario echar mano de la interpretación lógica, la cual busca encontrar el pensamiento del legislador, mediante la utilización de medios auxiliares consistentes en examen de trabajos preparatorios, exposición de motivos, discusiones parlamentarias, y el análisis de la tradición historia, a fin de conocer las condiciones que prevalecían en la época en la que fue elaborada.

Al respecto, el maestro García Maynez continúa diciendo:

---

<sup>44</sup>GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del derecho*, Porrúa, México, 2002, .pp. 227- 328.

Algunas veces, sin embargo, la expresión es oscura e incompleta. Entonces no basta el examen gramatical, y es necesario echar mano de la llamada interpretación lógica. Su fin estriba en descubrir el espíritu de la ley "para controlar, completar, restringir o extender su letra". Habrá de buscar el pensamiento del legislador en un cúmulo de circunstancias intrínsecas a la fórmula y, sobre todo, en aquellas que presidieron su aparición. Los medios auxiliares de que el intérprete debe valerse para lograrlo, son los siguientes:

- 1.- Examen de trabajos preparatorios, exposiciones de motivos y discusiones parlamentarias.
- 2.- Análisis de la tradición histórica y de la costumbre, a fin de conocer las condiciones que prevalecían en la época en que la ley fue elaborada, así como los motivos que introdujeron al legislador a establecerla.<sup>45</sup>

Desentrañar el sentido de la norma y conocer la génesis de la misma, permite aplicar la misma de manera correcta. Del análisis del precepto en cuestión y de su interpretación lógica, bajo el método exegético, se puede afirmar que una de las motivaciones que tuvo el legislador para crear la mencionada hipótesis normativa fue el compromiso asumido por el Estado mexicano al suscribir la Convención de las Naciones Unidas, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópica, mejor conocida como Convención de Viena de 1988.<sup>46</sup>

La Convención adquirió el rango de Ley Suprema, acorde con lo que establece el artículo 133 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Al respecto resulta aplicable la tesis P.LXXXVII/99, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

**TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 334.

<sup>46</sup> Suscrita por México el 16 de febrero de 1989, siendo aprobada por el Senado de la República el 30 de noviembre de ese año, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 09 de febrero de 1990.

que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.<sup>47</sup>

A efecto de realizar una interpretación lógica de la norma en análisis, conviene transcribir los preceptos de la mencionada Convención que dieron origen a la creación legislativa de la norma examinada para determinar si constituye una excepción al principio de presunción de inocencia; así mismo, conocer la exposición de motivos de la cámara de origen.

Los artículos de la Convención textualmente disponen:

*Artículo 2*

ALCANCE DE LA PRESENTE CONVENCION

1. El propósito de la presente Convención es promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional. En el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente Convención, las Partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos.

<sup>47</sup> Tesis P.LXXXVII/99, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

2. Las Partes cumplirán sus obligaciones derivadas de la presente Convención de manera que concuerde con los principios de la igualdad soberana y de la integridad territorial de los Estados y de la no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

3. Una Parte no ejercerá en el territorio de otra Parte competencias ni funciones que hayan sido reservadas exclusivamente a las autoridades de esa otra Parte por su derecho interno.

### Artículo 3 DELITOS Y SANCIONES

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:[...]

b)[...]

i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

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

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

10. A los fines de la cooperación entre las Partes prevista en la presente Convención, en particular la cooperación prevista en los artículos 5, 6, 7 y 9, los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo no se considerarán como delitos fiscales o como delitos políticos ni como delitos políticamente motivados, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las Partes.

11. Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará al principio de que la tipificación de los delitos a que se refiere o de las excepciones alegables en relación con estos queda reservada al derecho interno de las Partes y de que esos delitos han de ser enjuiciados y sancionados con arreglo a lo previsto en ese derecho.

### Artículo 4 COMPETENCIA

1. Cada una de las Partes:

a) Adoptará las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo I del artículo

3:

[...]

i) Cuando el delito se cometa en su territorio;[...]

2. Cada una de las Partes: [...]

Artículo 5  
DECOMISO

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo

3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto; [...]

b) Al recibirse una solicitud formulada con arreglo al presente artículo por otra Parte que sea competente por respecto de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, la Parte requerida adoptará medidas para la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras al eventual decomiso que se ordene, ya sea por la Parte requirente o, cuando se haya formulado una solicitud con arreglo al inciso a) del presente párrafo, por la Parte requerida...<sup>48</sup>

Es claro, que la Convención de Viena de 1988 fue pionera en tipificar la conducta delictiva de lavado de dinero, y dicha convención es preclara al establecer que el delito previo al de operaciones únicamente puede serlo el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Ahora bien, de la lectura de la Exposición de Motivos que generó la inclusión del tipo penal, se desprende con meridiana claridad que la inclusión del delito del lavado de dinero es consecuencia del cumplimiento de nuestro País a compromisos adoptados en sendo Tratado Internacional (Ley Suprema en términos constitucionales que está por encima de las Leyes Federales).

Cabe destacar que acorde con la propia exposición de motivos que derivó en la reforma al Código Penal Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el trece de Mayo de mil novecientos noventa y seis, la inherente teleología que motivo al legislador federal a fin de redefinir e incluir en el citado catálogo punitivo al tantas veces citado delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, lo fue que el Estado Mexicano estuviera en aptitud legal de realizar un combate frontal a los

---

<sup>48</sup> Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Diario Oficial de la Federación 09 de febrero de 1990.

fenómenos delictivos de la delincuencia organizada y narcotráfico, tal como se plasmó en el acto legislativo inmediatamente referido:

a). Justificación.- El fenómeno del narcotráfico, así como algunas de sus manifestaciones, han adquirido en nuestro país proporciones preocupantes que obligan al Estado Mexicano a adoptar nuevas fórmulas legales, que permitan combatirlo en forma eficaz y al mismo tiempo observen la defensa y el desarrollo integral del Estado de Derecho.

Bajo esa óptica y atendiendo al principio de solidaridad internacional, en fecha 19 de diciembre de 1988, en la Ciudad de Viena, Austria, fue aprobada la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”.

[...]

Conforme a dicho instrumento jurídico internacional, México adquirió el compromiso, entre otros, de combatir el tráfico ilícito de drogas en su aspecto económico con la finalidad de buscar su debilitamiento e independientemente de proseguir con las campañas de investigación en todo el territorio nacional, encaminadas a erradicar el cultivo o fabricación de narcóticos.

En cumplimiento del compromiso adquirido, y como una respuesta del Gobierno Federal para renovar el combate mediante la Ley y el tráfico ilícito de drogas. Se ha decidido reestructurar substantivamente el tipo penal denominado “Lavado de Dinero”, con la expectativa de adecuar a nuestra época las defensas legales contra las nuevas formas de criminalidad.

[...]

La razón lógica jurídica resulta ser, en primer lugar, porque la Convención de Viena de 1988 así lo establece en su artículo 3 apartado 10: a los fines de la cooperación entre las partes previstas en la presente Convención, en particular la cooperación prevista en los artículos 5, 6, 7 y 9, los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo no se considerarán como delitos fiscales o como delitos políticos ni como delitos políticamente motivados, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las partes.

[...]

Con independencia de lo anterior, también debe destacarse que, en atención a los bienes jurídicos que se busca tutelar, el tipo penal de “Lavado de Dinero” como se propone y conforme a la *ratio legis* de la Convención de Viena de 1988, comprende los siguientes: 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, así como la preservación de los derechos humanos.<sup>49</sup>

De la propia exposición de motivos, que no es más que como coloquialmente se dice el espíritu del legislador, se establece que el tipo penal de lavado de dinero surgió como consecuencia de la ratificación del Estado de Mexicano a la multicitada Convención de Viena, lo que es más, el legislador textualmente señala que la creación del tipo penal del 400 bis del Código Penal Federal, es para renovar mediante la creación legislativa, el combate al tráfico de drogas. Dicha exposición de motivos concluye estableciendo terminantemente que conforme a la *ratio legis* de la

<sup>49</sup> Diario Oficial de la Federación, 13 de mayo de 1996.

Convención de Viena de 1988, se pretende proteger los bienes jurídicos como la vida, la integridad física y el patrimonio, mismos, que pueden ser afectados mediante actividades del narcotráfico o la delincuencia organizada.

Basta echar un vistazo, a la exposición de motivos para darnos cuenta que el legislador federal explica su voluntad de crear el tipo penal de operaciones con recursos de procedencia ilícita, para realizar un combate frontal al tráfico de drogas, y a la delincuencia organizada.

Es por ello que se afirma, el delito previo del cual derivan los recursos, derechos o bienes no puede ser cualquiera, bien claro lo deja el legislador al exponer sus motivos y explicar su voluntad. El delito subyacente sólo puede tener cabida en el tráfico de drogas.

Aceptar lo contrario, tácitamente implicaría reconocer que en todos los casos en que un sujeto activo o una tercera persona dispusieran *ingenerare* del objeto o producto de cualquier tipo de delito cometido, necesariamente implicaría la actualización en todos los casos de un diverso ilícito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

El robo de una casa habitación; la venta de bienes con falsificación de marcas; el fraude; el abuso de confianza; delitos de servidores públicos; delitos bancarios; delitos bursátiles; delitos fiscales, en fin, todos, serían el sustento de lavado de dinero. Eso es absurdo y riñe con la Ley Suprema de la Unión (tratados suscritos sobre el particular).

Y es que de no ser así, el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita sería el más socorrido. Si una persona se roba las llantas de un vehículo, y de ahí las transporta para proceder a su venta, se integraría el delito subyacente de robo y el de operaciones con recursos de procedencia ilícita, lo que a todas luces riñe con la razón del objetivo para lo cual dicho tipo penal fue creado.

Al respecto, Beatriz Moguel Ancheita, quien funge como Secretaria proyectista del Segundo Tribunal Unitario en Materia Penal del Tercer Circuito, mediante su participación en la revista *CRIMINOGENESIS*, señala:

Sin embargo, al aprobarse “La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”, el 19 de diciembre de 1988, en la ciudad de Viena, Austria, y suscrita por México el 16 de febrero de 1989, se atendió a la normatividad de la convención, en que entre otras cosas pugnaba porque el delito de “lavado de dinero” no se considerará como delito fiscal o político o como políticamente motivado; razón por la cual, mediante iniciativa del Ejecutivo de 4 de diciembre de 1995, se propuso trasladarla al Código Penal Federal (artículo 400 bis). Su finalidad fue principalmente no tanto evitar la evasión fiscal, sino combatir el narcotráfico e implementar para ello con medidas más eficaces, entre ellas, buscar el debilitamiento económico de los cárteles internacionales y nacionales de la droga por medio de la incautación de los recursos y bienes obtenidos por esa actividad y reutilizados para su fomento...<sup>50</sup>

Así las cosas, de la simple lectura de la exposición de motivos, es inconcuso que el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, a pesar de ser autónomo e independiente de otros tipos penales, su inclusión al sistema jurídico mexicano – previo diseño de sus contenidos y alcances- necesariamente se asoció a una estrategia político – criminal adoptada por el Estado Mexicano afín de combatir de manera frontal a diversos fenómenos delictivos íntimamente vinculados, como los son tanto la Delincuencia Organizada o el Narcotráfico; así lo revela la propia y compleja ingeniería dogmática plasmada en el artículo 400 Bis, del Código Penal Federal.

De ahí que tal como se precisó con antelación, no resulte válido ampliar la esfera jurídica del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita a fin de abarcar cualquier tipo de conducta delictiva.

Bajo esta línea de razonamiento podríamos llegar al extremo de tipificar bajo ese riguroso y severo aspecto jurídico cualquier conducta *post delictiva* realizada

---

<sup>50</sup> MOGUEL ANCHEITA, Beatriz *Ineficaz persecución criminal del delito de lavado de dinero en México*, *CRIMINOGENESIS*, revista especialista en criminología y Derecho Penal, número 3, agosto 2008, México p. 173.



con el objeto o producto de un delito previo, al estimarse que dicho bien o recurso obtenido necesariamente es de origen o procedencia ilícita.

México asumió un compromiso internacional y lo cumplió legislando el artículo 400 Bis, del Código Penal Federal. El propósito (*la ratio iuris*), fue el de atacar la delincuencia organizada y narcotráfico mediante el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

De esta forma, la inherente *ratio essendi* que motivo al legislador federal a fin de redefinir e incluir en el Código Penal Federal al tantas veces citado delito de lavado de dinero, lo fue que el Estado Mexicano estuviera en aptitud de realizar un combate frontal a los fenómenos delictivos de la delincuencia organizada y del narcotráfico.

Esto es, partiendo de las posturas realistas, a partir del trece de mayo de mil novecientos noventa y seis,- fecha esta última en que la citada reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación - el Estado Mexicano expresamente reconoció la proliferación no solo de actividades delictivamente vinculadas con los fenómenos del narcotráfico y la delincuencia organizada, sino también, de los perniciosos efectos generados por éstas en diversas áreas, principalmente en el ámbito económico. Consecuentemente, la *ratio legis* (razón legal o voluntad del legislador), lo fue el combatir dichos fenómenos criminógenos desde esta última arista económica a fin de debilitar sus actividades, disminuir su poder corrupto y así, limitar sus alcances a nivel nacional e internacional.

Así pues, acorde con la filosofía y contenido de diversos instrumentos internacionales suscritos y ratificados por nuestro paso en esa época (mil novecientos noventa y seis), los cuales fueron inspiradores de la reforma que derivó en la inclusión al catálogo *iuspunitivo* federal del tipo penal de operaciones con recursos de procedencia ilícita, entre los cuales destaco: La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias

Psicotrópicas, nuestro país adquirió el compromiso internacional de combatir a este particular fenómeno delictivo (delincuencia organizada, con especial énfasis en las actividades vinculadas con el narcotráfico) desde un ámbito económico /productivo, a fin de debilitar gradualmente sus estructuras, ámbitos de actividades y, desde luego, para mermar las superlativas ganancias derivadas con dichos ilícitos, todo lo cual, se insiste, derivó en la reforma legal en estudio. Afirmaciones socio-jurídicas las cuales encuentran sustento en la propia exposición de motivos de la reforma penal *in encamine*.

El tema que se analiza en el presente apartado es de suma importancia y sobre todo de actualidad, ya que en muy pocas ocasiones ha sido abordado a fondo por los órganos jurisdiccionales en México, (Juzgados de Distrito, Tribunales Unitarios de Circuito, Tribunales Colegiados de Circuito,) ya que en la mayoría de los casos siquiera se analiza de forma detallada el elemento normativo del tipo penal en estudio, o bien, se hace uso de la interpretación literal del numeral 400 bis, del Código penal Federal, es decir, se toma a cualquier delito como injusto subyacente al de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Sin embargo ello no siempre es así. Tal es el caso del Sexto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, quién al resolver sobre la toca penal 58/2011, realiza un análisis serio del tema en estudio, ya que a fojas 35 *infra* hasta 46 *ut supra* de la resolución de fecha 27 de abril de 2011, señala:

“En primer lugar, este Tribunal Unitario estima necesario destacar tanto la *ratio essendi* (**razón esencial o teleología de la norma**), así como la *ratio legis* (**razón legal o voluntad del legislador plasmada en la norma**) inherentes al tipo penal de **OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA**, previsto y sancionado en el artículo 400 bis del Código Penal Federal, respecto del cual, la parte disidente solicitó el libramiento de la **ORDEN DE APREHENSIÓN** en contra de los inculpados de mérito.

De esta forma, la inherente teleología (*ratio essendi*) que motivó al legislador federal a fin de redefinir e incluir en el Código Penal Federal al tantas veces citado delito de **LAVADO DE DINERO**, lo fue que el Estado Mexicano estuviera en aptitud de realizar un combate frontal a los fenómenos delictivos de la Delincuencia Organizada y del Narcotráfico, así como por lo que respecta a algunos de sus delitos afines (***tales como el***

**secuestro o la trata de personas**). Esto es, partiendo de posturas realistas, a partir del trece de mayo de mil novecientos noventa y seis—**fecha ésta última en que la citada reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación**— el Estado Mexicano expresamente reconoció la proliferación no sólo de actividades delictivas directamente vinculadas con los fenómenos del Narcotráfico y la Delincuencia Organizada, sino también, de los perniciosos efectos generados por éstas en diversas áreas, principalmente en el ámbito económico. Consecuentemente, la *ratio legis* (**razón legal o voluntad del legislador**), lo fue el combatir dichos fenómenos criminógenos desde éste última arista económica a fin de debilitar sus actividades, disminuir su poder corruptor y así, limitar sus alcances a nivel nacional e internacional. Esto es, acorde con la filosofía y contenido de diversos instrumentos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país en esa época (**mil novecientos noventa y seis**), los cuales fueron inspiradores de la reforma que derivó en la inclusión al catálogo *iuspunitivo* federal del tipo penal de **OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA**, entre los cuales destacó: “*La Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*”, nuestro país adquirió el compromiso internacional de combatir a este particular fenómeno delictivo (**Delincuencia Organizada, con especial énfasis en las actividades vinculadas con el Narcotráfico**) desde un ámbito económico/productivo, a fin de debilitar gradualmente sus estructuras, ámbitos de actividades y, desde luego, para mermar las superlativas ganancias derivadas con dichos ilícitos, todo lo cual, se insiste, derivó en la reforma legal in estudio. Afirmaciones socio-jurídicas las cuales, encuentran sustento en la propia “**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**” de la reforma penal *in examine*, en la cual, esencialmente se plasmó lo siguiente:

#### 1.4 Lavado de Dinero

a). *Justificación.- El fenómeno del narcotráfico, así como algunas de sus manifestaciones, han adquirido en nuestro país proporciones preocupantes que obligan al Estado Mexicano a adoptar nuevas fórmulas legales, que permitan combatirlo en forma eficaz y al mismo tiempo observen la defensa y el desarrollo integral del Estado de Derecho.*

*Bajo esa óptica y atendiendo al principio de solidaridad internacional, en fecha 19 de diciembre de 1988, en la ciudad de Viena, Austria, fue aprobada "La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas", la cual fue suscrita por nuestro país el 16 de febrero de 1989, siendo aprobada por el Senado de la República el 30 de noviembre de ese año, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de febrero de 1990, realizándose el depósito del Instrumento de Ratificación el 11 de abril del mismo año, y entró en vigor internacional el 11 de noviembre del referido año, adquiriendo así el rango de Ley Suprema de la Unión, como se dispone en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

*Conforme a dicho instrumento jurídico internacional, México adquirió el compromiso, entre otros, de combatir al tráfico ilícito de drogas en su aspecto económico con la finalidad de buscar su debilitamiento e independientemente de proseguir con las campañas de investigación en todo el territorio nacional, encaminadas a erradicar el cultivo y la producción o fabricación de narcóticos. En cumplimiento del compromiso adquirido, y como una respuesta del Gobierno Federal para renovar el combate mediante la ley al tráfico ilícito de drogas, se ha decidido reestructurar substantivamente el tipo penal denominado "Lavado de Dinero", con la expectativa de adecuar a nuestra época las defensas legales contra las nuevas formas de criminalidad.*

*Entre las experiencias recogidas por la mencionada Convención, se advierte: que los métodos adoptados hasta entonces, no daban los frutos esperados en la lucha contra el narcotráfico, por lo que urgía implementar medidas complementarias que hicieran más*

eficaces las acciones de los Estados en aquella tarea; la desigualdad de capacidad económica resultante de las enormes ganancias obtenidas con el tráfico ilícito de narcóticos, y los limitados recursos pecuniarios invertidos por los Estados en materia de agricultura y en general para mejorar el nivel de vida de la población, demostró que solamente aplicando hábiles estrategias se lograría éxito en las acciones dirigidas a combatir y erradicar el fenómeno del narcotráfico; y que esa postura determinó introducir en la persecución del narcotráfico tres modernas tácticas para garantizar, hasta el punto razonable, la eficacia de los dispositivos instaurados al respecto, los que se orientan hacia la consecución de las siguientes metas: 1) El debilitamiento económico de los cárteles internacionales y nacionales de la droga, a través de la interceptación y decomiso de los bienes y los productos de cualesquier naturaleza generados con motivo de esa actividad. Tiende, además, a prevenir y combatir a la delincuencia organizada y a los delitos graves que de ella derivan; 2) En forma adicional, el diseño de una legislación con la que se busque prevenir el lavado de dinero proveniente del narcotráfico y de cualquier otro delito considerado por la ley como grave, y, 3) La implantación de un estricto control en la producción y comercialización de precursores, solventes y disolventes, utilizados necesariamente en los procesos químicos aplicables para la producción de las drogas. En los últimos cinco años nuestro país ha incorporado a su legislación penal diversas disposiciones que se encuentran directamente relacionadas con el combate al narcotráfico en esos tres grandes frentes; no obstante, algunas son insuficientes, por lo que es perentorio adaptar el marco jurídico vigente a la actual crisis social, dotándolo de preceptos aptos para sobreponerse a las nuevas formas de actuar de la delincuencia organizada, principalmente en cuanto hace a su debilitamiento económico, bien disuadiéndola de que siga adelante, o intensificando la represión de las variadas formas de su conducta nociva. Si en corto plazo hay datos tangibles de que viene en declive la incidencia de estas conductas pluriofensivas, será señal de que hemos tomado el sendero correcto.

b). Necesidad de regularlo en el Código Penal.

El delito conocido como "lavado de dinero" es de reciente data en nuestra legislación, diciembre de 1989. Por razones de oportunidad, la regulación se hizo en el Código Fiscal de la Federación. Actualmente, se observan dos posiciones opuestas respecto de la ubicación en la legislación del tipo penal denominado Lavado de Dinero, la primera de ellas considera que dicho ilícito debe permanecer en la legislación fiscal penal que lo contiene; mientras que la segunda se inclina por desaparecerlo de dicho ordenamiento legal o insertarlo bajo una nueva fórmula en el catálogo de delitos previstos en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común para toda la República en materia de Fuero Federal.

Esta última postura es la que se adopta en esta iniciativa de reformas, después de haber analizado y consensado su conveniencia.

La razón lógica jurídica resulta ser, en primer lugar, porque la Convención de Viena de 1988 así lo establece en su artículo 3 apartado 10: A los fines de la cooperación entre las partes previstas en la presente Convención, en particular la cooperación prevista en los artículos 5, 6, 7 y 9, los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo no se considerarán como delitos fiscales o como delitos políticos ni como delitos políticamente motivados, sin perjuicio de las limitaciones constitucionales y de los principios fundamentales del derecho interno de las Partes.

Como se ha dicho, este instrumento jurídico internacional fue aprobado desde el 30 de noviembre de 1989 por el Senado de la República y entró en vigor el 11 de noviembre de 1990; por lo que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, desde esta última fecha adquirió el rango de Ley

Suprema de toda la Unión. Bajo esa tesitura el artículo 115 bis, del Código Fiscal de la Federación, debe ajustarse a esa disposición de la Convención de Viena de 1988, ya que se impone una estricta observancia del Estado de Derecho en nuestro país.

Por otra parte, debe resaltarse que la mayoría de los países que han suscrito la citada Convención, se han ajustado fielmente a lo dispuesto en el artículo 3, párrafo 10, no incluyendo al delito de lavado de dinero dentro del catálogo de ilícitos fiscales o políticos. Así se ha hecho en los casos de España, Colombia, Canadá, Argentina, entre otros.

Con independencia de lo anterior, también debe destacarse que, en atención a los bienes jurídicos que se busca tutelar, el tipo penal de "Lavado de Dinero" como se propone y conforme a la ratio legis de la Convención de Viena de 1988, comprende los siguientes: la salud pública, los bienes jurídicos como 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, así como la preservación de los derechos humanos y la seguridad pública. Esto demuestra que con este tipo penal de lavado de dinero, la protección de bienes jurídicos debe ser más amplia, lo cual no se logra con la actual regulación contenida en el artículo 115 bis del Código Fiscal de la Federación, en la que se tutela fundamentalmente el interés fiscal del Estado. La magnitud de uno y otro grupo de bienes jurídicos tutelados exige contar con un adecuado marco referencial, que estamos seguros se logra con la nueva fórmula que se propone. Por ello y siendo el lavado de dinero un delito que trasciende con mucho el mero interés del fisco federal, se ha considerado conveniente no seguirlo contemplando en el catálogo de delitos fiscales, sino ubicarlo en una legislación de contenido más amplio, como lo es el Código Penal; lo cual también es acorde con una correcta técnica legislativa, en donde el delito subsecuente, en este caso del lavado de dinero, debe estar junto con los delitos principales y originales, que en este supuesto lo constituyen principalmente los delitos graves.

El Estado no puede ni debe soslayar o tolerar, que bienes jurídicos de la magnitud de los tutelados por el tipo penal que se propone puedan ser objeto de convalidación o ratificación a través de criterios pecuniarios, es decir, que una Dependencia Federal, mantenga la facultad discrecional de proceder o abstenerse de denunciar hechos delictivos, bajo el argumento de que el interés fiscal no se ha visto afectado; menos aun cuando ellos se encuentran vinculados con delitos graves, como los que conforman la delincuencia organizada. **Ciertamente, uno de los motivos importantes que ha obligado a reaccionar plenamente contra el lavado de dinero es precisamente el narcotráfico y, hoy, el fenómeno de la delincuencia organizada,** así materia financiera o fiscal.

El regularlo penalmente, por tanto, obedece a una estrategia político-criminal para combatir a la delincuencia organizada de manera frontal y eficaz. Por otra parte, cabe precisar que la Procuraduría General de la República cuenta con elementos humanos y materiales altamente especializados para dar la mejor atención al fenómeno delictivo que nos ocupa.

Finalmente, con la regulación que se propone se procura que el delito de lavado se rija por las reglas generales previstas en el Código Penal Federal, sobre todo por lo que hace a las causas de extinción penal. Por otra parte, y de acuerdo a su naturaleza, el aseguramiento y decomiso de bienes vinculados al lavado de dinero, no puede estar sujeto a la regla del artículo 94 del Código Fiscal, según el cual las autoridades administrativas, con arreglo a las leyes fiscales, harán efectivas las contribuciones omitidas, los recargos y las sanciones administrativas correspondientes, sin que ello afecte al procedimiento penal. Ello en razón de que el aseguramiento de estos bienes, en ningún momento tendría por objeto, el garantizar el pago de sanciones de tipo

pecuniario.(...) Finalmente, por lo que hace a la ubicación de la conducta en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, después de analizar diversas alternativas sobre la posible ubicación del delito del lavado de dinero en este Código Penal, se llegó a la conclusión de que la misma fuese junto a la figura del encubrimiento, tanto por su naturaleza jurídica como por la amplitud de los bienes jurídicamente tutelados, los cuales no se refieren exclusivamente a la salud pública. Estas reflexiones permiten establecer que la creación y ubicación del nuevo tipo penal de "Lavado de Dinero requerirán de las siguientes reformas:

1). Modificar el título vigesimotercero del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, actualmente denominado "Encubrimiento", para que se denomine "Encubrimiento y Lavado de Dinero"; asimismo, modificar el actual "Capítulo Único" y convertirlo en capítulo I

2) Adicionar el Título Vigésimo Tercero con un Capítulo Segundo denominado "Lavado de Dinero", y convertir el contenido del actual artículo 400 bis, en el último párrafo del artículo 400, a efecto de que el nuevo delito de lavado de dinero sea regulado en el citado artículo 400 bis.

*El tipo propuesto requiere de otras normas de diversa naturaleza, que le permitan obtener una eficaz aplicación y que además se conjuguen en forma armónica para presentar un frente de combate común a la delincuencia organizada o a quien no siendo parte de ella, realice actos ilícitos de tal magnitud que se consideren por la ley como delitos graves. Dentro de estas normas, adquieren relevancia aquellas de carácter preventivo que deberán insertarse en las leyes que regulan el sistema financiero mexicano y respecto de se han hecho ya algunas propuestas concretas por separado, y se seguirán haciendo las que se consideren necesarias, para atender el problema de manera integral.*

Luego, es dable concluir que en tratándose del delito de **OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA**, a pesar de erigirse como un tipo penal autónomo e independiente de otros preexistentes en el Código Penal Federal, su inclusión a nuestro Sistema Jurídico **–previo rediseño de sus contenidos y alcances–** necesariamente se asoció a una estrategia político criminal adoptada por el Estado Mexicano a fin de combatir de manera frontal a diversos fenómenos delictivos íntimamente vinculados, como lo son tanto la DELINCUENCIA ORGANIZADA y el NARCOTRÁFICO; lo cual, justifica la propia y compleja ingeniería dogmática plasmada en el artículo 400 bis del Código Penal Federal.

Sobre el particular, debe decirse que éste Tribunal Unitario revisor no soslaya que conforme la propia redacción del tantas veces citado artículo 400 bis del código sustantivo, podría estimarse que el delito de **LAVADO DE DINERO** no necesariamente encuentra aparejado con los antisociales de **DELICUENCIA ORGANIZADA, NARCOTRÁFICO** y demás conductas afines, ya que la expresión normativa "...con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita...", en apariencia no acota, ni restringe su configuración. Sin embargo, dicha *"interpretación extensiva"* resultaría contraria no sólo a la precitada *ratio legis* que dio origen a la norma penal *in examine*, esto es, opuesta a la voluntad del legislador federal; sino también, contraria a la vigente política criminológica implementada por el Gobierno Mexicano y más aún, incongruente con una filosofía de Estado Social y Democrático de Derecho de corte garantista, como lo es el nuestro. Razón por la cual, tal como nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha establecido, en cada caso concreto, a fin de desentrañar la inherente teleología y alcances de una norma **–con mayor razón cuando ésta reviste naturaleza penal–** es menester acudir a la *"EXPOSICIÓN DE MOTIVOS"* de

la ley, para conocer la voluntad del propio legislador, la cual, es clara por lo que se refiere al delito materia de la consignación ministerial intentada.

Se estima ilustrativa la tesis aislada en materia común LX/2011 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación, la cual, se encuentra pendiente de publicación, y cuyo rubro y texto establecen lo siguiente:

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y DETERMINACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR: FUNCIONES QUE CUMPLEN EN EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS.** Aunque la exposición de motivos puede ser un elemento coadyuvante en el ejercicio de reconstrucción de la voluntad del legislador y ésta, a su vez, uno de los factores a tener en cuenta a la hora de determinar el contenido de una norma jurídica, no es por sí sola parámetro y medida de la constitucionalidad de lo establecido en la parte dispositiva de la ley. La parte dispositiva es en principio el lugar del que debe partirse para determinar la voluntad del legislador.<sup>51</sup>

En suma, puede considerarse que de acuerdo a los sistemas de clasificación generalmente aceptados y utilizados en ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, mismos que fueron explicados líneas atrás, en México impera el sistema de sistema de delitos contra la salud, el cuál únicamente considera como delito subyacente al de operaciones con recursos de procedencia ilícita, el narcotráfico. Dicho en otras palabras, de dicho delito es de donde únicamente pueden emanar los recursos, derechos o bienes susceptibles de ser “blanqueados”, y posteriormente incorporados al mercado económico, disfrazados de una aparente licitud.

En atención a lo expuesto dentro del presente capítulo puede concluirse con claridad:

1.- En atención a la naturaleza jurídica del delito previo, tenemos que el mismo, se erige en un elemento normativo del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, lo anterior toda vez que su prueba acredita la tipicidad del injusto.

2.- De dicho delito previo, es de donde se obtienen los recursos, derechos o bienes susceptibles de ser lavados con el objetivo de incorporarlos al ciclo económico revestidos de una aparente licitud.

---

<sup>51</sup> Consejo de la Judicatura Federal, Sexto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, Toca penal 58/2011, 27 de abril del 2011, pp. 35 – 46.

3.- Existen diversos sistemas de clasificación, que establecen los delitos que pueden servir de base para que se configure el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, entre los que se encuentran: el sistema de cualquier delito, sistema de categoría de delitos, sistema *numerus clausus* y sistema de delitos contra la salud.

4.- El sistema adoptado por México es el sistema de delitos contra la salud. Lo anterior, ya que de la lectura de la exposición de motivos que generó la inclusión del tipo penal contenido en el numeral 400 bis del Código Penal Federal, se desprende con claridad que dicho injusto se creó a consecuencia del cumplimiento al compromiso adoptado por nuestro país al suscribir la Convención de las Naciones Unidas, contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, mejor conocida como Convención de Viena de 1988.

5.- Como se estableció anteriormente, la Convención de Viena de 1988 únicamente considera como delito previo al de operaciones con recursos de procedencia ilícita el del narcotráfico. Es decir, la citada convención considera, que sólo de este delito es de donde pueden obtenerse los recursos, derechos o bienes susceptibles de ser lavados.

A continuación entraré en el segundo de los temas torales de la presente tesis profesional, que tiene que ver con la utilización del sistema financiero en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

En concreto, se estudiará primeramente el tema de la denuncia previa requerida por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, la cual se erige en requisito de procedibilidad para proceder penalmente por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, tal como se desprende del artículo 400 bis del Código Penal de la Federación.



Posteriormente, se analizará el papel que juega el ejercicio de las facultades de comprobación previo a la formulación de la denuncia necesaria requerida a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, esto es, las consecuencias jurídicas que contrae el hecho de que dichas facultades de comprobación no sean ejercidas conforme a las leyes del procedimiento, o bien no sean siquiera llevadas a cabo.

## CAPÍTULO III

### LA UTILIZACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO EN EL DELITO DE OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA

#### A. LA DENUNCIA PREVIA REQUERIDA DE LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

El tipo penal contenido en el artículo 400 bis del Código Penal Federal, establece en sus párrafos cuarto y quinto, que en los casos en que se impute utilizar el sistema financiero, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, deberá presentar una denuncia como requisito de procedibilidad.

Lo primero que debe establecerse para entrar al tema en estudio es que se entienda por el sistema financiero al que alude el tipo penal 400 bis del Código Penal Federal Sustantivo, siendo éste, según el autor Víctor Manuel NandoLeofrt:

...el comprendido por las instituciones de crédito, seguros y fianzas, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades financieras de ahorro limitado, uniones de crédito, empresas de factoraje financiero, intermediarios bursátiles, casas de cambio y cualquier otro intermediario financiero y cambiario.<sup>52</sup>

Regresando al tema que nos ocupa, el legislador ordena (obliga) a que se formule dicha denuncia cuando precisa: “para proceder penalmente se requerirá la denuncia previa”. Así, textualmente señala el tipo en comento, en la parte que nos interesa, lo siguiente:

#### **Artículo 400 Bis**

[...]

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.

---

<sup>52</sup> NANDO LEFORT, *op.cit.*P. 39.

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.

Ahora bien, lo primero que conviene precisar es lo que para nosotros constituye un yerro del Legislador contemporáneo, ya que la *notitia criminis* elaborada por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público no constituye formalmente una denuncia, sino un acto equivalente a la querrela.

Para ello se debe establecer primeramente, ¿Qué se entiende por denuncia?, para estar en aptitud de demostrar el error en que consideramos, se encuentra el Legislador.

La denuncia facultativa es el acto por medio del cual *quisque de populo*, que no éste a ello obligado, lleva a conocimiento del Procurador de la República del pretor o de un oficial de la policía judicial, la noticia de un hecho que constituye un delito. Denunciar, en general, es noticiar, dar aviso de algo. En derecho es dar parte o aviso a la autoridad sobre un hecho que estima delictuoso, que se ha presenciado o conocido, y sobre el cuál exista acción pública, es decir, que no exija denunciante exclusivo o querellante.<sup>53</sup>

Como se puede observar, la denuncia es ejercida por alguien que no esté obligado a ello, es decir, que no exija un denunciante exclusivo, cuestión que en la especie no ocurre, ya que del párrafo cuarto y quinto del artículo 400 Bis del Código Penal Federal, se establece la necesidad de que ésta, únicamente sea presentada por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público.

Es decir, el legislador no facultó a cualquier ciudadano a dar noticia a las autoridades correspondientes de la posible comisión del delito de operaciones en la hipótesis que nos ocupa, sino que, señaló exclusivamente a la Secretaria de Hacienda y Crédito Público para ello. Aunado al hecho de que el denunciar no

---

<sup>53</sup> GARCÍA RAMÍREZ Sergio, ADATO DE IBARRA, Victoria, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, Porrúa, México, 1991, p.24.

representa una facultad para dicha Secretaria, sino una obligación tal como se puede advertir de la simple lectura del precepto en cuestión.

En ese sentido el autor Ambrosio Michel señala atinadamente:

Sobre el tema de la denuncia como requisito de procedibilidad, no pasa inadvertida la falta de técnica jurídica – legislativa contenida en el artículo 400 bis del CFP, que establece, como un requisito de procedibilidad, en tratándose de delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita vinculados al sistema financiero, la formulación de denuncia previa por parte de la SHCP....  
[..]

Sin embargo, ello se considera incorrecto, ya que no se trata propiamente de una simple denuncia si no de un verdadero requisito de procedibilidad que condiciona el inicio o el ejercicio de la acción penal dentro de una averiguación previa.<sup>54</sup>

Ahora bien, una vez que se ha advertido el error en que incurrió el Legislador, nace una nueva interrogante, si la obligación concedida a la Secretaria de Hacienda y Crédito Público no se cataloga como una denuncia, entonces ¿qué es?

El Código Penal Federal prevé actos equivalentes a la querrela, precisamente como el que exige el artículo 400 Bis del Código Penal Federal en el tema que nos ocupa. Así se establece, a título de ejemplo, en el primer párrafo del artículo 107 y el párrafo segundo del artículo 93, ambos del Código Penal Federal.

Esto es, el Legislador reconoce expresamente que hay delitos que exigen – como requisito de procedibilidad-, la necesaria formulación de un acto que se equipara a una querrela.

Artículo 93.- El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo solo podrá otorgarse cuando se hayan reparado la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del delito, este extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que solo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio *o por algún otro acto equivalente a la*

---

<sup>54</sup> MICHEL, Ambrosio, *Derecho Penal Fiscal*, Porrúa, México, 2012, p.101.

*querella*, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho...

Artículo 107.- Cuando la ley no prevenga otra cosa, la acción penal que nazca de un delito que sólo pueda perseguirse por querrela del ofendido o *algún otro acto equivalente*, prescribirá en un año, contado desde el día en que quienes puedan formular la querrela o *el acto equivalente*, tengan conocimiento del delito y del delincuente, y en tres, fuera de esta circunstancia.

Pero una vez llenado el requisito de procedibilidad dentro del plazo antes mencionado, la prescripción seguirá corriendo según las reglas para los delitos perseguibles de oficio.

El tipo penal contenido en el artículo 400 Bis, del Código Penal Federal, establece en sus párrafos cuarto y quinto, que en los casos en que se impute utilizar el sistema financiero, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, deberá presentar una denuncia como requisito de procedibilidad, lo que en realidad convierte este delito en uno de aquellos que exige de un acto equivalente a la querrela.

Como se ve, cuando se utiliza el vocablo “requerirá”, se actualiza un mandato que permite distinguir el delito en cuestión de aquellos que no exigen un requisito de procedibilidad y por tanto resultan de persecución oficiosa.

Debe recordarse que en los delitos perseguibles por querrela o a petición de parte, se abandona a la voluntad del sujeto pasivo del delito de la investigación del mismo y la promovibilidad de la acción penal, pudiéndose entonces decir que el ofendido del delito tiene la facultad de activar a su arbitrio la maquinaria estatal de persecución de los delitos. En consecuencia, la figura de la querrela implica la subordinación del interés público al privado, limitando el *iuspuniendi* estatal a la voluntad del gobernado.

La doctrina, fuente del Derecho ineludible, no ha sido ajena a este requisito de procedibilidad. El autor Rogelio Figueroa Velázquez, en su libro “El delito de lavado de dinero en el Derecho Penal Mexicano”, señala al efecto lo siguiente:

En el caso de México, con la exposición de motivos donde, refiere ser necesario mantener el control de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sobre las acciones penales que en esta materia se ejerzan, por las implicaciones que las mismas tienen sobre el sistema financiero en su conjunto y por los efectos fiscales que esto pueda tener.

Sin embargo hay que tener en consideración que el Ministerio Público es el titular del ejercicio de las acciones penales, por lo que la opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no puede ser vinculante, salvo los casos en que los recursos de procedencia ilícita se relacionen con el Sistema Financiero. Estableciendo para dicha Secretaría la facultad obligatoria y no potestativa de ejercer sus facultades de comprobación y de denuncia.

[...]

A efecto de la redacción que establece el requisito de la denuncia previa, pareciera que se trata de un delito que se persigue de oficio, pero sólo es requisito de procedibilidad para que pueda intervenir el Ministerio Público de la Federación, por lo tanto, estamos ante una regla del delito que se persigue por querrela de parte...<sup>55</sup>

En el mismo sentido resulta el dictamen elaborado por la Cámara de Origen (Diputados), de donde surgió la reforma de 1996 mediante la cual se gestó el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita:

Por último se considera necesario mantener el control de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sobre las acciones personales que en esta materia se ejerzan, por las implicaciones que las mismas tienen sobre el sistema financiero en su conjunto y por los efectos fiscales que esto puede tener. Sin embargo, hay que tener en consideración que el ministerio público es el titular del ejercicio de las acciones penales, por lo que la opinión da la Secretaria de Hacienda y Crédito Público no puede ser vinculante, salvo en los casos en que los recursos de procedencia ilícita se relacionen con el sistema financiero. Estableciendo para dicha Secretaria la facultad obligatoria y no potestativa, como lo decía la iniciativa, de ejercer sus facultades de comprobación y de denuncia.<sup>56</sup>

Por último en el dictamen que aprobó en la etapa de discusión y votación, la Cámara Revisora (Senadores), precisa en última instancia sobre los requisitos de procedibilidad consignados en el numeral 400 bis de la codificación penal sustantiva:

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

---

<sup>55</sup>FIGUEROA VELÁZQUEZ, *op.cit.*, pp. 251 y ss.

<sup>56</sup>Diario de Debates de la Cámara de Diputados, año II, número 18, sesión del 29 de abril de 1996.

hagan presumir la comisión de delitos relacionados con servicios de instituciones del sistema financiero ya mencionados.<sup>57</sup>

Cuando el legislador establece la necesidad de la denuncia previa en los casos en que interviene el sistema financiero en el delito de operaciones, pareciera que convierte dicho delito en unos de los que su persecución es de oficio, pero como ha quedado demostrado, sólo se trata de un requisito de procedibilidad que una vez satisfecho, da cabida a la intervención del Ministerio Público de la Federación para la debida integración de la indagatoria. Lo anterior, denota que estamos ante una regla del delito que se persigue por los denominados actos equiparables a la querrela. La doctrina señala al respecto “En efecto, los requisitos de procedibilidad son condiciones sin las cuales el órgano del Estado encargado de investigar y perseguir delitos se encuentra impedido para iniciar o continuar la averiguación previa...”<sup>58</sup>

La siguiente Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resulta aplicable al caso concreto por identidad de razón:

**PETICIÓN COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA LA PERSECUCIÓN DE DELITOS. LA FACULTAD DE LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 95 DE LA LEY GENERAL DE ORGANIZACIONES Y ACTIVIDADES AUXILIARES DEL CRÉDITO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE LEGALIDAD CONSAGRADA EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** El citado artículo 95 que prevé en favor de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la facultad para emitir la petición que como requisito de procedibilidad se establece para la persecución de los delitos señalados en diversos artículos del propio ordenamiento, no viola la garantía constitucional de referencia. Ello es así, porque, si se toma en consideración, por una parte, que de conformidad con el contenido de dicha garantía los funcionarios públicos únicamente pueden hacer lo que la ley expresamente les permita, entendida ésta en su término genérico, como norma general abstracta emitida por el Poder Legislativo en cualquier nivel, es inconcuso que la mencionada secretaría no sólo puede realizar los actos derivados de las facultades establecidas expresamente por la Ley Fundamental, sino también aquellos que como la emisión de la mencionada petición provienen de las atribuciones previstas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y en las demás leyes; y, por la otra, el hecho de que tratándose de los delitos enunciados en el referido artículo 95, la entidad legitimada para formular la petición respectiva, sea la citada dependencia, a través del procurador fiscal de la Federación, no significa que dicho órgano se sustituya en la potestad del ofendido, pues cuando se está en presencia de los delitos para cuya persecución es necesaria la satisfacción de un requisito de procedibilidad determinado, no cualquiera puede

---

<sup>57</sup>Diario Oficial de la Federación, 13 de mayo de 1996.

<sup>58</sup>MICHEL, *op.cit.*, p.96.

denunciar los hechos delictivos ante el Ministerio Público, sino exclusivamente la persona o entidad facultada por la ley para hacerlo, *siendo que en el caso, el legislador estimó pertinente que quien relatara ante la autoridad persecutoria los hechos probablemente constitutivos de un delito perpetrado en contra del sistema financiero, lo fuera la citada secretaría, como órgano de la administración pública encargado de proteger el orden público.*<sup>59</sup>

A manera de recapitulación, se establece lo siguiente:

1.- Cuando en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita se utilicen instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente deviene necesario, como requisito de procedibilidad, la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tal como se desprende del párrafo cuarto y quinto del tipo penal en estudio.

2.- El Legislador denomina erróneamente denuncia a la *notitia criminis* realizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando en realidad dicho acto se erige en un acto equiparable a la querrela.

3.-La Secretaría de Hacienda y Crédito Público tiene la facultad obligatoria y no potestativa de ejercer sus facultades de comprobación, y si de ellas advierte la posible comisión del delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, debe denunciar esos hechos.

4.- En los casos en que se impute la utilización del sistema financiero en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, el acto equiparable a la querrela constituye un requisito *sine quan non* para proceder penalmente.

---

<sup>59</sup> Amparo directo en revisión 466/98. 11 de noviembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Alejandro Villagómez Gordillo. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintisiete de noviembre en curso, aprobó, con el número CLXXX/2000, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintisiete de noviembre de dos mil. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, Diciembre de 2000; P.127.



5.- Una vez satisfecho dicho requisito de procedibilidad, el Ministerio Público Federal estará facultado de realizar todas las diligencias necesarias para la debida integración de la averiguación previa, y de actualizarse dicho tipo penal, ejercer acción penal respecto de las personas indiciados, y que naturalmente engloben las operaciones realizadas.

Una vez que se ha recapitulado lo establecido en párrafos precedentes, se dará cabida al siguiente tema en estudio, siendo este, el análisis de la importancia, así como las consecuencias de que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ejerza sus facultades de comprobación previa a la formulación del acto equiparable a la querrela que como ya establecimos, resulta necesaria para proceder penalmente por el delito en estudio.

## **B. LAS FACULTADES DE COMPROBACIÓN DE LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO COMO REQUISITO PREVIO E INELUDIBLE A LA FORMULACIÓN DEL ACTO EQUIVALENTE A LA QUERELLA**

El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita exige, como requisito de procedibilidad, el que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ejerza previamente a la formulación del acto equiparable a la querrela, facultades de comprobación respecto de las personas involucradas y que engloben, naturalmente, las operaciones realizadas.

Previo a entrar de lleno al tema en estudio, nuevamente invito a la lectura del artículo 400 Bis sustantivo sobre el particular:

### **Artículo 400 Bis**

[...]

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.*

Esto es, de la misma forma en que la denuncia (acto equiparable a la querrela) llevada a cabo por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, resulta requisito indispensable para proceder penalmente por el delito de operaciones, las facultades de comprobación devienen necesarias para que dicha Secretaria se encuentre en facultades de agotar el acto equiparable a la querrela. Y es que precisamente, del ejercicio de sus facultades de comprobación es de donde la Secretaria de Hacienda y Crédito Público debe allegarse de datos que permitan presumir la actualización de dicho injusto.

Ahora bien, el ejercicio de dichas facultades de comprobación cuando en el delito que nos ocupa se utilice el sistema financiero, no es opcional para dicha Secretaria, y es que cuando se utiliza el vocablo “deberá” de nueva cuenta el legislador actualiza un mandato ineludible y de ninguna manera potestativo.

El tema que nos ocupa resulta por demás importante, si tomamos en cuenta que la omisión por parte de la Secretaria de Hacienda de agotar el requisito de procedibilidad consistente en ejercer sus facultades de comprobación, traería aparejada como consecuencia la inexistencia de la denuncia requerida a dicha Secretaria, y por lo tanto que no se esté en condiciones de proceder penalmente.

Esto es, las facultades de comprobación se erigen en requisito *sine qua non* para que se esté ante la posibilidad de formulación de un acto equiparable a la querrela, luego si estas no se llevan a cabo, puede establecerse que la querrela no existe en la vida jurídica.

A continuación, se establecerá el análisis jurídico de lo antes esbozado, a efecto de determinar primeramente, en qué consisten dichas facultades de

comprobación, cuando es que se tienen por iniciadas, así como las formalidades que deben en todo momento revestirlas.

### **B.1. Las facultades de comprobación, actualización y requisitos**

Todo acto administrativo se emite para que produzca efectos jurídicos en la vida del gobernado.

Lo anterior, conforme a los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 38 del Código Fiscal de la Federación.

De acuerdo con éste último artículo, los actos administrativos que se deban notificar al contribuyente deberán tener, por lo menos, los siguientes requisitos: i) constar por escrito; ii) señalar la autoridad que lo emite; iii) señalar lugar y fecha de la emisión; iv) estar fundado y motivado y expresar la resolución, objeto o propósito de que se trate; y por último, v) ostentar la firma del funcionario competente.

Por tanto, de reunirse los requisitos citados en el cuerpo del acto administrativo, se entiende que dicho acto es válido jurídicamente y por tanto, eficaz en la esfera del gobernado.

Al respecto, el prestigiado autor Miguel S Marienhoff en su obra laureada con el Primer Premio Nacional de Derecho y Ciencias Políticas, "Tratado de Derecho Administrativo", establece:

... los efectos del acto se producen, como principio general, en el instante mismo de la media noche del día en que el acto quedó publicado o comunicado; a partir de ese momento, los derechos nacen instantánea e inmediatamente. De esa manera, huelga

decir, que los actos administrativos rigen desde que adquieren carácter de actos perfectos, es decir, desde que existen jurídicamente.<sup>60</sup>

Así pues, la doctrina especializada y más autorizada en la materia administrativa sostiene, que para que el acto administrativo produzca normal y definitivamente los efectos que determinaron su emisión, es menester que dicho acto sea jurídicamente perfecto.

En el caso en estudio, indudablemente la validez del acto administrativo resulta pieza importante, ya que de no existir previamente un acto administrativo válido desde el punto de vista jurídico y conforme a las disposiciones del Código Fiscal de la Federación, consistente en que la Secretaria de Hacienda ejerza sus facultades de comprobación a efecto de proceder con la querrela, se constituiría un vicio irreparable de la misma.

Esto es, tal y como lo sostiene la doctrina, la querrela no reúne el más mínimo requisito de validez y eficacia, ya que el acto previo de su existencia no nació a la vida jurídica, esto es, no “existe” y si no “existe”, es la nada jurídicamente.

Dicho en otras palabras, si no se ejercieron las facultades de comprobación mediante la notificación del acto administrativo, jurídicamente no hay querrela, ya que es un requisito necesario para la actualización de la misma, como se verá más adelante.

Ahora bien, lo primero que se debe aclarar para desentrañar el tema que nos ocupa, es establecer que son las facultades de comprobación a que hace referencia el artículo 400 bis del Código Penal Federal. Así, conviene partir del contenido del artículo 42 del Código Fiscal de la Federación, que establece la potestad de las autoridades hacendarias a efecto de comprobar que los contribuyentes o terceros relacionados hayan cumplido con sus obligaciones en materia fiscal, para en su

---

<sup>60</sup>MARIENHOFF, Miguel. S, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot Lexisnexis Argentina, S.A., Argentina, 2007, Tomo II, pp. 349 - 351.

caso, determinar las contribuciones omitidas, así como comprobar la comisión de delitos fiscales.

**Artículo 42.-** Las autoridades fiscales a fin de comprobar que los contribuyentes, los responsables solidarios o los terceros con ellos relacionados han cumplido con las disposiciones fiscales y, en su caso, determinar las contribuciones omitidas o los créditos fiscales, así como para comprobar la comisión de delitos fiscales y para proporcionar información a otras autoridades fiscales, estarán facultadas para:

I.- Rectificar los errores aritméticos, omisiones u otros que aparezcan en las declaraciones, solicitudes o avisos, para lo cual las autoridades fiscales podrán requerir al contribuyente la presentación de la documentación que proceda, para la rectificación del error u omisión de que se trate.

II. Requerir a los contribuyentes, responsables solidarios o terceros con ellos relacionados, para que exhiban en su domicilio, establecimientos o en las oficinas de las propias autoridades, a efecto de llevar a cabo su revisión, la contabilidad, así como que proporcionen los datos, otros documentos o informes que se les requieran.

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

IV.- Revisar los dictámenes formulados por contadores públicos sobre los estados financieros de los contribuyentes y sobre las operaciones de enajenación de acciones que realicen, así como la declaratoria por solicitudes de devolución de saldos a favor de impuesto al valor agregado y cualquier otro dictamen que tenga repercusión para efectos fiscales formulado por contador público y su relación con el cumplimiento de disposiciones fiscales.

V. Practicar visitas domiciliarias a los contribuyentes, a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales en materia de expedición de comprobantes fiscales y de presentación de solicitudes o avisos en materia del registro federal de contribuyentes; el cumplimiento de obligaciones en materia aduanera derivadas de autorizaciones o concesiones o de cualquier padrón o registro establecidos en las disposiciones relativas a dicha materia; verificar que la operación de las máquinas, sistemas y registros electrónicos, que estén obligados a llevar los contribuyentes, se realice conforme lo establecen las disposiciones fiscales; así como para solicitar la exhibición de la documentación o los comprobantes que amparen la legal propiedad, posesión, estancia, tenencia o importación de las mercancías, y verificar que los envases o recipientes que contengan bebidas alcohólicas cuenten con el marbete o precinto correspondiente o, en su caso, que los envases que contenían dichas bebidas hayan sido destruidos, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 49 de este Código.

Las autoridades fiscales podrán solicitar a los contribuyentes la información necesaria para su inscripción y actualización de sus datos en el citado registro e inscribir a quienes de conformidad con las disposiciones fiscales deban estarlo y no cumplan con este requisito.

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

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

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

Las autoridades fiscales podrán ejercer estas facultades conjunta, indistinta o sucesivamente, entendiéndose que se inician con el primer acto que se notifique al contribuyente.

En el caso de que la autoridad fiscal esté ejerciendo las facultades de comprobación previstas en las fracciones II, III y IV de este artículo y en el ejercicio revisado se disminuyan pérdidas fiscales, se podrá requerir al contribuyente dentro del mismo acto de comprobación la documentación comprobatoria que acredite de manera fehaciente el origen y procedencia de la pérdida fiscal, independientemente del ejercicio en que se haya originado la misma, sin que dicho requerimiento se considere como un nuevo acto de comprobación.

La revisión que de las pérdidas fiscales efectúen las autoridades fiscales sólo tendrá efectos para la determinación del resultado del ejercicio sujeto a revisión.

Al respecto, y en adición a dicho numeral, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en diversas ocasiones que el objetivo de las facultades de comprobación está orientado a verificar que los contribuyentes, los responsables solidarios o los terceros con ellos relacionados han cumplido con las disposiciones fiscales y, en su caso, determinar las contribuciones omitidas o los créditos fiscales, así como para comprobar la comisión de delitos fiscales y para proporcionar información a otras autoridades fiscales.<sup>61</sup>

Conviene de nueva cuenta citar al Autor Ambrosio Michel quién en su libro “Derecho Penal Fiscal”, establece:

En nuestro sistema jurídico rige el principio de facultades expresas para las autoridades, de ahí que las autoridades requieren un marco regulatorio que les permita verificar que

---

<sup>61</sup> Tesis Administrativa, *Facultades de Comprobación y de Gestión de las Autoridades Fiscales. Sus Diferencias* 1a. CIII/2012, Décima Época, Primera Sala del Supremo Corte de Justicia de la Nación, Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 1; p. 1094.

los contribuyentes, los responsables solidarios o los terceros perjudicados con ellos relacionados hayan cumplido las disposiciones fiscales.

A dichas facultades se les conoce como facultades de comprobación de la autoridad fiscal, cuyo análisis se abordará en el presente capítulo, toda vez que uno de los objetivos de las facultades de comprobación conferidas a la autoridad fiscal es precisamente la comprobación de la comisión de delitos fiscales...<sup>62</sup>

Esto es, la finalidad perseguida por el ejercicio de las facultades de comprobación del sujeto obligado por las normas fiscales, es la revisión por parte de las autoridades fiscales de todo aquello relacionado a la detección de irregularidades en el cumplimiento de las obligaciones tributarias del revisado.

Conforme al precepto en estudio, las autoridades fiscales cuentan con facultades para comprobar que los contribuyentes, los responsables solidarios, o los terceros con ellos relacionados, hayan cumplido con sus obligaciones tributarias, para lo cual podrán requerirles la exhibición en su domicilio, establecimientos o en las oficinas de las propias autoridades, a efecto de llevar a cabo su revisión, la contabilidad, datos, documentos o informes necesarios para el fin indicado.

Así, válidamente puede determinarse que dicho numeral se refiere a las facultades de comprobación de la autoridad fiscal, cuyo objetivo primordial es conocer hechos u omisiones que constituyan incumplimiento de las disposiciones fiscales por parte de los sujetos obligados a acatarlas.

Por ello, la etapa de comprobación cumple una función meramente informativa, por virtud de la cual las autoridades revisoras seleccionan los datos cualitativos y cuantitativos que puedan tener una posible relevancia jurídico-tributaria, cuyo conocimiento sea conveniente para la autoridad hacendaria, siendo a ésta última a la que corresponde calificar jurídicamente los hechos proporcionados y, en función de ellos, emitir la resolución correspondiente que puede o no ser liquidatoria, o bien, que puede derivar en la comprobación de la comisión de un delito.

---

<sup>62</sup> MICHEL, *op.cit.*, p.3.

Siguiendo el mismo orden de ideas, las facultades de comprobación constituyen únicamente actos de molestia que se rigen por el principio de legalidad, esto es, en términos del primer párrafo del artículo 16 constitucional, tal como lo ha sostenido el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente tesis, que a la letra dice:

**COMPROBACIÓN FISCAL. NO ES VIOLATORIA DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 42 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN AL ESTABLECER DIVERSAS FORMAS DE REALIZARLA.-**

Las facultades de comprobación fiscal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, pueden llevarse a cabo conjunta, indistinta o sucesivamente, a criterio de la autoridad hacendaria, a través de cualquiera de las formas establecidas por el artículo 42 del Código Fiscal de la Federación, es decir, por medio de la revisión de declaraciones, de dictámenes formulados por contadores públicos sobre los estados financieros de los contribuyentes, por medio de la práctica de avalúos o verificación física de toda clase de bienes; allegándose información de funcionarios, o bien, a través de la práctica de visitas domiciliarias o requiriendo la exhibición de la contabilidad en el domicilio del contribuyente o en las oficinas de las autoridades correspondientes. Por tanto, la circunstancia de que la fracción II del citado artículo 42 del Código Fiscal de la Federación establezca la posibilidad de que los contribuyentes, responsables solidarios o terceros exhiban su contabilidad incluso en el domicilio de las autoridades administrativas, no infringe lo dispuesto por el artículo 16, noveno párrafo, de la Carta Magna, ya que éste se refiere únicamente a la práctica de visitas domiciliarias y no a todas y cada una de las formas de comprobación fiscal, las que constituyen actos de molestia regulados por el párrafo primero del propio precepto constitucional. En tales condiciones, debe concluirse que la facultad de comprobación a que se refiere el multicitado artículo 42, fracción II, del Código Fiscal de la Federación, queda comprendida dentro de la disposición general consagrada en el primer párrafo del propio artículo 16 de la Ley Fundamental, esto es, que el acto autoritario de molestia debe ser consecuencia de un mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Cabe destacar que el hecho de que el Constituyente haya establecido un párrafo relativo a visitas domiciliarias, obedeció a que quiso dar una regla de protección especial al domicilio, de tal forma que no pudiera violarse sino en los casos previstos por el propio artículo 16 constitucional, es decir, para cateos o visitas domiciliarias, sin que ello implique que las facultades de comprobación fiscal no puedan llevarse a cabo en forma diversa, siempre y cuando se respeten las disposiciones a que debe sujetarse todo acto de autoridad a que se refiere el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución Federal.<sup>63</sup>

Por tanto, las facultades de comprobación fiscal no tienen, en principio, más limitación constitucional que la de apegarse a las garantías de fundamentación y motivación y desarrollarse conforme a lo previsto en las leyes fiscales aplicables.

---

<sup>63</sup> Novena Época, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, noviembre de 1995. Tesis p. XCVI/95.



Así, del precepto legal transcrito, se advierte lo que jurídica y doctrinalmente ha sido catalogado como las “facultades de comprobación” de las autoridades fiscales, mismas que tienen como común denominador, la finalidad de comprobar el cumplimiento de las obligaciones fiscales a fin de poder determinar en su caso las contribuciones omitidas, o bien, comprobar la comisión de delitos fiscales.

En suma, es claro que de acuerdo con el contenido del artículo 42 del Código Fiscal de la Federación, las autoridades fiscales podrán llevar a cabo a través de las “facultades de comprobación”: (i) Comprobar el cumplimiento de las disposiciones fiscales; (ii) determinar contribuciones omitidas; (iii) determinar créditos fiscales; (iv) comprobar la comisión de delitos fiscales; y, (v) proporcionar información a otras autoridades fiscales.

## **B.2. La notificación de las facultades de comprobación y sus efectos**

Del contenido de los artículos 44 y 48 del Código Fiscal de la Federación, se advierte la formalidad consistente en la notificación del inicio de las facultades de comprobación, que literalmente, en la parte que nos interesa, disponen lo siguiente:

**Artículo 44.-** En los casos de visita en el domicilio fiscal, las autoridades fiscales, los visitados, responsables solidarios y los terceros estarán a lo siguiente:

- I. La visita se realizará en el lugar o lugares señalados en la orden de visita.
- II. Si al presentarse los visitadores al lugar en donde deba practicarse la diligencia, no estuviere el visitado o su representante, dejarán citatorio con la persona que se encuentre en dicho lugar para que el mencionado visitado o su representante los esperen a la hora determinada del día siguiente para recibir la orden de visita; si no lo hicieron, la visita se iniciará con quien se encuentre en el lugar visitado.

Si el contribuyente presenta aviso de cambio de domicilio después de recibido el citatorio, la visita podrá llevarse a cabo en el nuevo domicilio manifestado por el contribuyente y en el anterior, cuando el visitado conserve el local de éste, sin que para ello se requiera nueva orden o ampliación de la orden de visita, haciendo constar tales hechos en el acta que levanten, salvo que en el domicilio anterior se verifique alguno de los supuestos establecidos en el artículo 10 de este Código, caso en el cual la visita se continuará en el domicilio anterior.

Cuando exista peligro de que el visitado se ausente o pueda realizar maniobras para impedir el inicio o desarrollo de la diligencia, los visitadores podrán proceder al aseguramiento de la contabilidad.

En los casos en que al presentarse los visitadores al lugar en donde deba practicarse la diligencia, descubran bienes o mercancías cuya importación, tenencia, producción, explotación, captura o transporte deba ser manifestada a las autoridades fiscales o autorizada por ellas, sin que se hubiera cumplido con la obligación respectiva, los visitadores procederán al aseguramiento de dichos bienes o mercancías.

III. Al iniciarse la visita en el domicilio fiscal los visitadores que en ella intervengan se deberán identificar ante la persona con quien se entienda la diligencia, requiriéndola para que designe dos testigos, si éstos no son designados o los designados no aceptan servir como tales, los visitadores los designarán, haciendo constar esta situación en el acta que levanten, sin que esta circunstancia invalide los resultados de la visita.

Los testigos pueden ser sustituidos en cualquier tiempo por no comparecer al lugar donde se esté llevando a cabo la visita, por ausentarse de él antes de que concluya la diligencia o por manifestar su voluntad de dejar de ser testigo, en tales circunstancias la persona con la que se entienda la visita deberá designar de inmediato otros y ante su negativa o impedimento de los designados, los visitadores podrán designar a quienes deban sustituirlos. La sustitución de los testigos no invalida los resultados de la visita.

IV. Las autoridades fiscales podrán solicitar el auxilio de otras autoridades fiscales que sean competentes, para que continúen una visita iniciada por aquéllas notificando al visitado la sustitución de autoridad y de visitadores. Podrán también solicitarles practiquen otras visitas para comprobar hechos relacionados con la que estén practicando.

**Artículo 48.-** Cuando las autoridades fiscales soliciten de los contribuyentes, responsables solidarios o terceros, informes, datos o documentos o pidan la presentación de la contabilidad o parte de ella, para el ejercicio de sus facultades de comprobación, fuera de una visita domiciliaria, se estará a lo siguiente:

I. La solicitud se notificará al contribuyente de conformidad con lo establecido en el artículo 136 del presente ordenamiento, tratándose de personas físicas, también podrá notificarse en el lugar donde éstas se encuentren.

II. En la solicitud se indicará el lugar y el plazo en el cual se debe proporcionar los informes o documentos.

Como puede advertirse de los preceptos legales transcritos, el inicio de las facultades de comprobación, ya sea a través de una visita domiciliaria o de una revisión de gabinete, entre otras, necesariamente inicia con la notificación al contribuyente o tercero del inicio de las mismas, siendo que mientras ello no ocurra, se considerará que las mismas no han iniciado.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 44 y 48 del Código Fiscal de la Federación, es necesario que las facultades de comprobación inicien con la notificación de su inicio, de acuerdo con las formalidades que el propio Código Tributario establece para ello.

Al respecto, es importante destacar, que el Poder Judicial de la Federación en diversas ocasiones se ha manifestado con relación a que las formalidades que debe reunir la notificación del inicio de facultades de comprobación consisten en un requisito esencial a efecto de que las mismas se consideren llevadas conforme a derecho.

Para ello, los diversos criterios a que se hacen referencia, establecen que cuando la notificación del inicio de las facultades de comprobación se hace de manera desapegada a las normas previstas por el Código Tributario, la consecuencia es que son nulas de pleno derecho.

A manera de ejemplo, conviene transcribir el contenido de una tesis jurisprudencial, que establece lo expuesto en los párrafos que preceden:

**“NULIDAD LISA Y LLANA POR VICIOS DE FORMA DECLARADA CONFORME A LOS ARTÍCULOS 51, FRACCIÓN III, Y 52, FRACCIÓN II, DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SE ACTUALIZA ANTE LA ILEGAL NOTIFICACIÓN DEL INICIO DE LAS FACULTADES DE COMPROBACIÓN, Y SUS ALCANCES SON LOS DEL TIPO DE NULIDAD EXCEPCIONAL QUE SE PREVEÍA EN EL ARTÍCULO 239, FRACCIÓN III, Y ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN VIGENTE HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2005.** De la ejecutoria emitida por el Pleno del Más Alto Tribunal del País al resolver la contradicción de tesis 15/2006-PL, y del criterio que derivó de aquella de número P. XXXIV/2007, cuyo rubro se lee: "NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD PARA EFECTOS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SU ALCANCE DEPENDE DE LA NATURALEZA DE LA RESOLUCIÓN ANULADA Y DE LOS VICIOS QUE ORIGINARON LA ANULACIÓN.", se constata que los actuales tipos de nulidad previstos en el artículo 52 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, son únicamente los distinguidos como "nulidad lisa y llana o absoluta" y "nulidad para efectos o relativa", siendo que la declaratoria de nulidad lisa y llana puede generarse por vicios de forma, de procedimiento o inclusive de falta de competencia, así como por vicios de fondo y que ante los primeros, la autoridad puede emitir un nuevo acto subsanando el vicio detectado, conteniéndose por lo tanto en estos casos, la nulidad del tipo excepcional que se preveía en el artículo 239, fracción III, y último párrafo del Código Fiscal de la Federación en su redacción vigente hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil cinco, pues en estos

supuestos no se puede obligar a la autoridad a actuar pero tampoco se le puede impedir que lo haga, por derivarse de vicios formales. En consecuencia, en los supuestos en que se notifica ilegalmente el inicio de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales, esa actuación constituye un vicio de forma que se ubica en la fracción III del artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, en cuanto se refiere a los vicios del procedimiento que afecten las defensas del particular y trasciendan al resultado del fallo, y si bien en los términos del artículo 52, fracción II, del mismo ordenamiento legal, esa violación conlleva a una declaratoria de nulidad lisa y llana, por acontecer desde el origen del ejercicio de una facultad discrecional, ese tipo de nulidad no encuentra sustento en cuestiones de fondo sino de forma, y por tanto, la nulidad en dichos supuestos no puede ser para el efecto de que se obligue a la autoridad tributaria a que ejerza una facultad que en los términos legales resulta de naturaleza discrecional, pero tampoco puede impedirse a las autoridades que actúen en el sentido que legalmente les compete, con la sola limitante de que las facultades de comprobación se ejerzan conforme al plazo de la caducidad que para aquéllas se prevé en el artículo 67 del Código Fiscal de la Federación.<sup>64</sup>

Como claramente se puede advertir del criterio transcrito, ha sido un criterio reiterado por el Poder Judicial de la Federación sobre la importancia que reviste la notificación del inicio de las facultades de comprobación, so pena de invalidar lo actuado en la revisión, en caso de no llevar a cabo la notificación conforme a derecho.

Lo anterior cobra relevancia para el caso en análisis, toda vez que ha quedado debidamente acreditado la trascendencia en el mundo de derecho que tiene la inobservancia a las disposiciones que regulan la notificación del inicio de las facultades de comprobación.

Así, si tal como lo ha definido en diversas ocasiones el Poder Judicial de la Federación, es nulo de pleno derecho lo actuado en el ejercicio de facultades de comprobación ante una desapegada a derecho notificación del inicio de las facultades de comprobación, de igual manera debe considerarse, que con mayor razón, la omisión total en la notificación del inicio de las facultades de comprobación –que como ya se demostró anteriormente, constituye un requisito *sine qua non* para que se pueda proceder a determinar la situación fiscal de un contribuyente o a

---

<sup>64</sup> Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, febrero de 2011. Jurisprudencia VI.1o.A. J/53.

determinar una posible comisión de un delito – debe tener como consecuencia que lo actuado con posterioridad, sea nulo de pleno derecho.

Así, una vez establecido lo anterior, si las autoridades fiscales no ejercen siquiera facultades de comprobación, o bien estas no cumplen cabalmente con las formalidades para ello, previo al ejercicio de la acción penal por la supuesta comisión del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita vinculado con el servicio de instituciones de crédito, entonces nunca notificaron su inicio, actuación que sería contraria al derecho humano de legalidad en relación con los preceptos legales del Código Tributario citados anteriormente.

En resumen, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42 del Código Fiscal de la Federación, a efecto de que las autoridades fiscales, comprueben el cumplimiento de obligaciones fiscales, es necesario que lleven a cabo facultades de comprobación, mismas que se consideran iniciadas en el momento en que se notifique el primer acto al contribuyente.

### **B.3. Facultades de comprobación, constituyen una facultad reglada para la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.**

En acatamiento al derecho humano de legalidad, previsto por los artículos 14 y 16 Constitucionales, la competencia de las autoridades administrativas debe estar determinada en un precepto o preceptos legales que las faculten expresamente a realizar, ordenar o ejecutar un acto.

La interpretación del Alto Tribunal ha reconocido este amplio significado del primer párrafo del artículo 16 constitucional. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, en tesis de jurisprudencia, que “las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite”, y asimismo que dentro “del sistema constitucional que nos rige, ninguna autoridad puede dictar disposición alguna que no encuentre apoyo en un precepto de la ley”, que “el requisito de fundamentación y motivación exigido por el artículo 16 constitucional [...] implica una obligación para las autoridades, de cualquier categoría que éstas sean, de actuar siempre con apego a las leyes y a la propia Constitución”, que “dentro de nuestro régimen constitucional, las autoridades no tienen más facultades que

las que expresamente les atribuye la ley”, y que “los actos de autoridades administrativas que no estén autorizados por ley alguna, importan violación de garantías.”<sup>65</sup>

Así, si como ya fue determinado con anterioridad, es un requisito a efecto de que las Secretaría de Hacienda y Crédito Público formule el acto equivalente a la querrela en términos del artículo 400 Bis para que se proceda penalmente contra la comisión del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita en donde se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, constituye para la citada Secretaría un facultad reglada, el iniciar previamente facultades de comprobación para verificar su comisión.

Al respecto, sirven de apoyo a lo anterior, los siguientes criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación:

**VISITA DOMICILIARIA. EL ARTÍCULO 44, FRACCIÓN II, PRIMER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, QUE SEÑALA QUE LOS VISITADORES DEJARÁN CITATORIO CON LA PERSONA QUE SE ENCUENTRE EN EL LUGAR EN QUE DEBE PRACTICARSE AQUÉLLA, PARA QUE EL VISITADO O SU REPRESENTANTE LOS ESPEREN A HORA DETERMINADA DEL DÍA SIGUIENTE PARA RECIBIR LA ORDEN, CONTIENE UNA FACULTAD REGLADA.** El hecho de que el artículo 44, fracción II, primer párrafo, del Código Fiscal de la Federación, establezca que en los casos de visita en el domicilio fiscal, si al presentarse los visitadores al lugar en donde deba practicarse la diligencia no estuviere el visitado o su representante, dejarán citatorio con la persona que se encuentre en dicho lugar para que éstos los esperen a hora determinada del día siguiente para recibir la orden de visita y, si no lo hicieren, la visita se iniciará con quien se encuentre en el lugar visitado, conduce a concluir que tal precepto contiene una facultad reglada, puesto que señala la conducta específica que debe seguir la autoridad ante la actualización de la hipótesis legal. Lo anterior es así, porque la emisión del citatorio es un acto vinculado a la norma que no deja margen alguno para la apreciación subjetiva de la autoridad sobre la circunstancia del acto y su ejecución, pues si se toma en consideración que el objeto del citatorio no se constriñe únicamente a citar al contribuyente para que reciba una "orden de visita domiciliaria", sino, fundamentalmente, para que el contribuyente o su representante conozca de manera cierta el tipo de diligencia administrativa que se realizará en su domicilio como excepción al principio de inviolabilidad domiciliaria, así como la serie de consecuencias en su esfera jurídica resultado de la auditoría fiscal que se practicará, es claro que la emisión del citatorio no sólo es un imperativo para la autoridad, sino que su emisión con los requisitos legales constituye una garantía de seguridad jurídica para el visitado, quien al tener conocimiento del tipo de diligencia, está en posibilidad de decidir si es necesaria o no su presencia en aquélla, lo que se corrobora con los alcances que en el numeral citado se establecen ante la falta de atención del citatorio, toda vez que ello

---

<sup>65</sup> LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *Los principios del procedimiento administrativo*, Castellanos, México, 2008, pp. 180 -181.

dará lugar a que la visita se realice inmediatamente con quien se encuentre en el lugar visitado.<sup>66</sup>

**VISITA DOMICILIARIA O REVISIÓN DE ESCRITORIO O GABINETE. SU CONCLUSIÓN DENTRO DEL PLAZO PREVISTO POR LOS ARTÍCULOS 46, FRACCIÓN IV Y 46-A DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN, CONSTITUYE UNA FACULTAD REGLADA, CUYO INCUMPLIMIENTO VIOLA LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES DEL CONTRIBUYENTE.** Si las facultades regladas son las que obligan a la potestad que las ejerce a proceder de modo preciso en la forma prescrita por la ley, sin margen de apreciación subjetiva ni discrecional, es claro que su incumplimiento vulnera garantías individuales. Así, conforme a los artículos 46, fracción IV y 46-A, primer párrafo y apartado B, segundo párrafo, del Código Fiscal de la Federación, las visitas en el domicilio fiscal de los contribuyentes o la revisión de sus contabilidades efectuadas por las autoridades en los recintos oficiales respectivos, deben concluir dentro de un plazo máximo de seis meses, contados a partir de la notificación a los contribuyentes de la iniciación de las facultades de comprobación. Dicho plazo podrá ser ampliado en seis meses por una ocasión más, siempre que el oficio de notificación de la prórroga correspondiente haya sido expedido por la autoridad fiscal que ordenó la visita o la revisión, salvo en los casos de cambio de domicilio fiscal. Este plazo, en su caso, podrá entenderse prorrogado por al menos un término de veinte días, cuando sea menester consignar en actas circunstanciadas parciales hechos u omisiones que entrañen incumplimiento de disposiciones fiscales, ya se trate de los contribuyentes o que resulten de terceros. Además, entre la última acta parcial que al efecto se levante y el acta final deberá transcurrir el término indicado, dando oportunidad a los contribuyentes para que presenten los documentos, libros o registros que desvirtúen los hechos u omisiones y corregir su situación fiscal. En ese sentido, si el acta final se levanta después de concluidos los términos establecidos, resulta evidente que la autoridad fiscal incumple los dispositivos de aplicación al no acatar los plazos correspondientes que le resultan de carácter imperativo y obligatorio, ya que al tratarse de una facultad reglada, debe ceñir su actuar a lo expresamente prescrito en ella; de no hacerlo, incurriría en violación de garantías del contribuyente, afectando en forma indebida su esfera jurídica.<sup>67</sup>

Tal como podrá advertirse de los criterios transcritos, constituye una facultad reglada, aquella en la cual las autoridades deban ceñir su actuar a lo expresamente previsto por la norma, es decir, deban ceñirse a lo prescrito por la norma, cuando se verifique la hipótesis normativa.

Es importante destacar que se argumenta que estamos en presencia de una facultad reglada, toda vez que para que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público pueda formular el acto equivalente a la querrela por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita en donde se utilicen servicios de instituciones que

---

<sup>66</sup> Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, abril del 2006. Tesis IV.1o. A.30 A.

<sup>67</sup> Novena Época. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, julio de 2002. Jurisprudencia 2a./J. 62/2002.

formen parte del sistema financiero, es un requisito esencial que inicien con anterioridad facultades de comprobación.

Lo anterior, sin perjuicio de que el inicio de las facultades de comprobación, sea una facultad discrecional de las autoridades fiscales, ya que dicha cuestión no se debate, sino la necesidad de que, para comprobar la comisión del delito que nos ocupa, si es esencial que se lleven a cabo previamente facultades de comprobación.

Así, debemos tomar en consideración que, tanto en el ordenamiento fiscal mexicano como en general todo el ordenamiento jurídico mexicano, impera un régimen de facultades expresas por virtud del cual se limita la competencia de las autoridades administrativas a la existencia de un precepto o preceptos legales que faculten su actuar en tratándose de los actos que las mismas emitan.

En las relatadas consideraciones, es innegable que la Secretaría de Hacienda y Crédito Fiscal efectivamente está obligada a ejercer facultades de comprobación previo a formular el acto equivalente a la querrela, el cual resulta necesario para proceder penalmente por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

En efecto, se dice lo anterior, toda vez que cabe recordar que el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, establece que, en caso de conductas previstas por el citado artículo (comisión del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita) en las que se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente en contra del mismo será necesario que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público formule el acto equivalente a la querrela.

En relación con lo anterior, el quinto párrafo del citado artículo establece que cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de sus facultades de fiscalización encuentre elementos que permitan presumir la comisión del delito que nos ocupa, deberá ejercer respecto de los mismos, las facultades de comprobación que le confieren las leyes.



Ahora bien, una vez sentado lo anterior, y tal como se estableció al inicio del presente capítulo, las facultades de comprobación ejercidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público deben necesariamente llevarse a cabo respecto de las personas involucradas y que engloben naturalmente las operaciones que estos realizaron.

Lo anterior, ya que al ser estas un requisito de procedibilidad previo e ineludible a la formulación del necesario acto equiparable a la querrela, tienen el objetivo de determinar los periodos sujetos a investigación por el Ministerio Público, así como las personas físicas o morales involucradas.

Lo anterior encuentra fundamento en los artículos 38 y 42 del Código Fiscal de la Federación, así como del contenido de Jurisprudencia firme de nuestro más Alto Tribunal.

El Código Fiscal de la Federación dispone:

Artículo 38. Los actos administrativos que se deban notificar deberán tener, por lo menos, los siguientes requisitos:

I. Constar por escrito en documento impreso o digital.

Tratándose de actos administrativos que consten en documentos digitales y deban ser notificados personalmente, deberán transmitirse codificados a los destinatarios.

II. Señalar la autoridad que lo emite.

III. Señalar lugar y fecha de emisión.

IV. *Estar fundado, motivado y expresar la resolución, objeto o propósito de que se trate.*

V. Ostentar la firma del funcionario competente y, en su caso, *el nombre o nombres de las personas a las que vaya dirigido.* Cuando se ignore el nombre de la persona a la que va dirigido, se señalarán los datos suficientes que permitan su identificación.

[...]

Artículo 42.- Las autoridades fiscales a fin de comprobar que los contribuyentes, los responsables solidarios o los terceros con ellos relacionados han cumplido con las disposiciones fiscales y, en su caso, determinar las contribuciones omitidas o los créditos fiscales, así como para comprobar la comisión de delitos fiscales y para proporcionar información a otras autoridades fiscales, estarán facultadas para:

I.- Rectificar los errores aritméticos, omisiones u otros que aparezcan en las declaraciones, solicitudes o avisos, para lo cual las autoridades fiscales podrán requerir al contribuyente la presentación de la documentación que proceda, para la rectificación del error u omisión de que se trate.

II.- Requerir a los contribuyentes, responsables solidarios o terceros con ellos relacionados, para que exhiban en su domicilio, establecimientos o en las oficinas de las propias autoridades, a efecto de llevar a cabo su revisión, la contabilidad, así como que proporcionen los datos, otros documentos o informes que se les requieran.

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

En cuanto a los requisitos y la forma en que la autoridad hacendaria debe ejercer sus facultades comprobatorias, el siguiente criterio jurisprudencial resulta claro al respecto:

**VISITA DOMICILIARIA, ORDEN DE. REQUISITOS QUE DEBE SATISFACER.** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 constitucional la orden de visita domiciliaria expedida por autoridad administrativa debe satisfacer los siguientes requisitos: 1.- Constar en mandamiento escrito; 2.- Ser emitida por autoridad competente; 3.- *Expresar el nombre de la persona respecto de la cual se ordena la visita y el lugar que debe inspeccionarse*; 4.- El objeto que persiga la visita; y 5.- Llenar los demás requisitos que fijan las leyes de la materia. No es óbice a lo anterior lo manifestado en el sentido de que las formalidades que el precepto constitucional de mérito establece se refieren únicamente a las órdenes de visita expedidas para verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales pero no para las emitidas por autoridad administrativa, ya que en la parte final del párrafo segundo de dicho artículo se establece, en plural, "...sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos" y evidentemente se está refiriendo tanto a las órdenes de visitas administrativas en lo general como a las específicamente fiscales, pues, de no ser así, la expresión se habría producido en singular.<sup>68</sup>

El acto administrativo de facultades de comprobación debe establecer su objeto, esto es, períodos a revisión determinados por la autoridad, así como el gobernado al que va dirigido como pilares mínimos de seguridad jurídica.

En conclusión, de acuerdo a las disposiciones y Jurisprudencia antes transcrita, la investigación ministerial y por tanto el proceso penal deberá necesariamente constreñirse únicamente a los espacios temporales en los que se hubieren llevado a cabo las facultades de comprobación por parte de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, y no así cualquiera que el Ministerio Público investigador designe discrecionalmente.

---

<sup>68</sup>Novena Época, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Diario Oficial de la Federación y su Gaceta, Jurisprudencia 2a./J.59/97.

#### **B.4. Ausencia de los requisitos de procedibilidad. Efectos Jurídicos.**

Tal como se ha establecido a lo largo del presente capítulo, el delito de operaciones de procedencia ilícita, cuando en su comisión interviene el sistema financiero requiere necesariamente de la actualización de dos requisitos de procedibilidad para proceder penalmente, el primer de ellos consistente en que la Secretaria de Hacienda y Crédito Público formule el acto equivalente a la querrela, y como requisito previo e ineludible de ello, que ejerza facultades de comprobación respecto de periodos y sujetos determinados.

Ambos requisitos de procedibilidad se encuentran íntimamente ligados, puesto que uno es consecuencia directa del otro, y ambos a la vez, son requisitos *sine qua non* para proceder penalmente, esto es, para que la Secretaria de Hacienda ejerza el acto equiparable a la querrela, necesariamente de forma previa e ineludible debió haber ejercido facultades de comprobación, luego, si éstas no se llevan a cabo, puede establecerse que la querrela no existe en la vida jurídica.

Dentro del presente apartado analizaremos las consecuencias jurídicas que conlleva el hecho de que dichos requisitos de procedibilidad no se encuentren satisfechos cuando se ha decidido proceder penalmente por el delito en estudio.

Lo primero que debe establecerse, es que las consecuencias jurídicas son distintas de acuerdo a la etapa del procedimiento en que se actúe. Me explico:

De acuerdo al artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales, los requisitos de procedibilidad son condiciones sin las cuales el órgano investigador del Estado se encuentra impedido para iniciar, o continuar la averiguación previa de que se trate.

**Artículo 113.-** El Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquél, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia. Tratándose de delitos que deban perseguirse de oficio, bastará para

el inicio de la averiguación la comunicación o parte informativo que rinda la policía, en el que se hagan del conocimiento de la autoridad investigadora hechos que pudieran ser delictivos, sin que deban reunirse los requisitos a que aluden los artículos 118, 119 y 120 de este ordenamiento. A la comunicación o parte informativo se acompañarán los elementos de que se dispongan y que sean conducentes para la investigación. *La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes.*

*I.- Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado.*

*II.- Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado.*

Así entonces, el artículo antes transcrito es claro al establecer, que el Ministerio Público investigador se encuentra impedido para iniciar o continuar con la indagatoria cuando en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita en donde se utilice el sistema financiero, no se encuentren satisfechos del todo ambos requisitos de procedibilidad.

No obstante que el artículo es categórico al respecto, se considera que lo que realmente se condiciona no es propiamente el inicio de la averiguación previa, si no el ejercicio de la acción penal, ya que precisamente es de la propia averiguación previa en donde se recaban los datos necesarios para estimar acreditada la existencia de hechos delictivos, por tanto, si dentro de su curso se advierte la inexistencia de tales requisitos de procedibilidad, debe buscarse que éstos sean satisfechos, a fin de que la indagatoria continúe su curso.

En ese sentido se encuentra la tesis jurisprudencial pronunciada por los Magistrados del Segundo Tribunal Colegiado del Tercer Circuito, la cual dispone:

**QUERRELLA EN DELITOS PREVISTOS POR EL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. ES UN REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD, PREVIO AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, Y NO AL INICIO DE LA AVERIGACIÓN.**- Es inexacto que la querrela que habla el artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, como requisito de procedibilidad, debe ser previa al inicio de la averiguación, y no solamente al ejercicio de la acción penal, puesto que tal circunstancia no se advierte del numeral citado, máxime si es de la propia averiguación previa de donde surgen los datos necesarios para estimar acreditada la existencia de hechos delictivos previstos por los artículos 102, fracciones I y II, y 105, fracción VI, del Código Fiscal de la Federación, y presumir la responsabilidad del inculpado en su comisión, por lo que, siendo la querrela tan sólo el requisito necesario para proceder en contra del inculpado ante el órgano jurisdiccional, y estando satisfecho tal requisito, es claro que la orden de aprehensión dictada no resulta violatoria de

garantías en su perjuicio, sin que sea atendible lo que se alegue acerca de que sin querrela no hay averiguación, pues la averiguación existe y lo que no se puede es proceder contra los que resulten presuntos responsables, sin la querrela mencionada.<sup>69</sup>

Así pues, atendiendo a la citada tesis jurisprudencial, si habiendo iniciado una averiguación previa por el delito de operaciones, el Ministerio Público integrador advierte que alguno de los dos requisitos de procedibilidad no se encuentra satisfecho, debe dar vista de ello a la parte interesada, en este caso a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a efecto de que simple y llanamente sean subsanados, y sólo entonces, se continúe con la investigación ministerial.

La anterior posición, encuentra sustento dentro de los extremos contenidos en los numerales 113, párrafo tercero, del Código Federal de Procedimientos Penales, así como en el artículo 4º, fracción I, inciso A), penúltimo párrafo, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, los cuales en lo que interesa establecen:

Artículo 113....

I...II

...

Cuando para la persecución de un delito se requiera querrela *u otro acto equivalente*, a título de requisito de procedibilidad, el Ministerio Público actuará según lo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para conocer si la autoridad formula *querrela o satisface el requisito de procedibilidad equivalente*.

Artículo 4.- Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

I.-Investigar y perseguir los delitos del orden federal. El ejercicio de esta atribución comprende:

A) En la averiguación previa:

...

Cuando el Ministerio Público de la Federación tenga conocimiento por sí o por conducto de sus auxiliares de la probable comisión de un delito cuya persecución dependa de querrela, o de *cualquier otro acto equivalente*, que deba formular alguna autoridad, lo comunicará por escrito y de inmediato a la autoridad competente, a fin de que resuelva con el debido conocimiento de los hechos lo que a sus facultades o atribuciones corresponda. Las autoridades harán saber por escrito al Ministerio Público de la Federación la determinación que adopten.

Así pues, válidamente se puede afirmar que los requisitos de procedibilidad condicionan tanto el inicio de la indagatoria, como el ejercicio de la acción penal; sin

<sup>69</sup> Séptima Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, agosto de 1985. Tesis, registro 248492.

embargo, únicamente son subsanables para efectos del inicio de la averiguación previa, no así, para el ejercicio de la acción penal.

¿Qué sucede si se ejerció acción penal aún y cuando dichos requisitos de procedibilidad no se encontraban satisfechos?

Al respecto, el Código Federal de Procedimientos Penales establece los efectos de la falta de tales requisitos de procedibilidad, en lo que hace al ejercicio de facultades de comprobación, y consecuentemente el acto equivalente a la querrela por parte de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público.

Artículo 468.- Iniciado el procedimiento judicial, no podrá suspenderse sino en los casos siguientes:

II.- Cuando se advirtiere que se está en alguno de los casos señalados en las fracciones I y II del artículo 113.

[...]

Artículo 113.- El Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquél, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia (...) La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

I.- Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado.

II.- Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado.

Si el que inicia una investigación no tiene a su cargo la función de proseguirla, dará inmediata cuenta al que corresponda legalmente practicarla.

Es decir, al momento de resolver la situación jurídica del indiciado, el Juez debe de oficio, o bien, a petición de parte, suspender el procedimiento sin pronunciarse siquiera sobre el cuerpo del delito y la probable responsabilidad hasta en tanto se encuentren satisfechos tales requisitos de forma previa al nuevo ejercicio de la acción penal. Lo anterior, toda vez que el órgano jurisdiccional se encuentra impedido para recabarlos bajo pena de incurrir en nulidad de actuaciones, tal y como lo demuestra el siguiente criterio jurisprudencial:

**QUERRELLA. SU PRESENTACIÓN Y RATIFICACIÓN ANTE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL DURANTE EL TRANCURSO DEL PROCEDIMIENTO**

**(PREINSTRUCCIÓN, INSTRUCCIÓN O JUICIO) ESTÁN AFECTADAS DE NULIDAD ABSOLUTA.** Si bien es verdad que acorde con el artículo 468, fracción II, que remite al artículo 113, fracciones I y II, ambos del Código Federal de Procedimientos Penales, una de las hipótesis para suspender el procedimiento penal en su periodo de instrucción o juicio, es la ausencia del requisito de procedibilidad, también lo es que por idénticas razones, la ausencia de la querrela debe considerarse como tal. En ese sentido, si el Juez de origen nunca suspendió el procedimiento, debe entenderse que cuando menos durante la instrucción y hasta antes de dictar sentencia siempre estimó cubierto el requisito de la presentación de la querrela, pero si por el contrario, estima que no se actualiza, entonces debe cumplir con lo previsto en los numerales en cita, y proveer lo conducente para que el Ministerio Público, en atención a sus facultades y en términos de los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 4o., fracción I, apartado A, inciso a), de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y 19 del Código Federal de Procedimientos Penales, reciba de quien esté legitimado para ello la querrela correspondiente sobre la acción u omisión probablemente constitutivas de delito. Por tanto, si la querrela debe ser presentada y ratificada ante el Ministerio Público y no existe disposición alguna que faculte a la autoridad jurisdiccional para que lo haga durante el transcurso del procedimiento (preinstrucción, instrucción o juicio), resulta inconcusos que de llegar a hacerlo, dicha actuación estaría afectada de nulidad absoluta, en atención al artículo 27 bis del mencionado código, además porque admitir aquella intervención se traduciría en una invasión a las atribuciones propias del Ministerio Público y la autoridad judicial se convertiría en Juez y parte, sin duda alguna, en agravio del inculpaado.<sup>70</sup>

Hasta aquí tenemos que los multicitados requisitos de procedibilidad pueden ser subsanados, aún y cuando, se haya ejercido acción penal por parte del Ministerio Público de la Federación, siempre y cuando, el juez instructor al resolver sobre la situación jurídica, advierta primeramente su ausencia, e inmediatamente ordene suspender el procedimiento para el efecto de que sean subsanados, y una vez ocurrido, se ejerza de nueva cuenta acción penal por la posible comisión del delito en estudio, cuando interviene en su comisión el sistema financiero.

Huelga decir, que de la tesis jurisprudencial antes descrita, así como del contenido del artículo 27 Bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, al Juez de la causa no le es dable subsanar dichos requisitos de procedibilidad en etapa de pre instrucción, pues dicha acción conduciría a que todo lo actuado sea nulo de pleno derecho.

---

<sup>70</sup> Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, julio de 2009, página 2054, Tomo XXX, Tesis aislada penal.

Artículo 27 Bis.- Las actuaciones serán nulas cuando carezcan de alguna de las formalidades esenciales que prevenga la ley, de manera que se, cause perjuicio a cualquiera de las partes, así como cuando la ley expresamente determine la nulidad. Esta no podrá ser invocada por quien dio lugar a ella. La nulidad de una actuación se reclamará, por la parte que la promueva, en la actuación subsecuente en que ésta deba intervenir, y se substanciará conforme al procedimiento previsto para los incidentes no especificados. Cuando se resuelva la nulidad del acto, serán igualmente nulas las actuaciones posteriores al acto anulado que se deriven precisamente de éste. Las resoluciones que resuelvan sobre la nulidad invocada, serán apelables con efecto devolutivo.

Una vez establecido lo anterior, la duda que nos ocupa es: ¿Qué sucede si la ausencia de tales requisitos se advierte una vez dictado el auto de formal prisión y habiéndose formulado conclusiones acusatorias por parte del Ministerio Público?, en ese estadio procesal, ¿le es dable al Juez instructor suspender el procedimiento?

Para dar respuesta a lo anterior, primeramente debe establecerse, que el legislador en ningún momento estableció que la hipótesis de suspensión del procedimiento, contemplada en el artículo 468, fracción II, del Código Federal de Procedimientos Penales, pueda ser aplicada en cualquier etapa, como podría ocurrir por ejemplo, cuando el procesado se sustraiga de la acción de la justicia o bien cuando enloquezca.

Lo anterior cobra sentido si se considera que la acción persecutoria se perfecciona con las conclusiones acusatorias allegadas al proceso por el Ministerio Público Federal, momento en el cual, culmina el ejercicio de la acción penal, y obliga al juez de la causa a resolver lo que en derecho corresponda, debiendo constreñir su decisión, a lo expuesto dentro de las conclusiones acusatorias, tiempo en que la acción procesal penal llega a su posición cenital.

Al respecto, el maestro Manuel Rivera Silva en su libro “El Procedimiento Penal”, establece:

Por lo que toca al Ministerio Público su fijación provoca la culminación del ejercicio de la acción penal, o sea, del desenvolvimiento de la propia acción. ¿Qué diferencia hay entre la fase persecutoria (*strictus sensu*) y la fase acusatoria de la acción procesal penal? A



nuestro parecer, las fases señaladas son diferentes momentos del desarrollo de la acción procesal penal. Si por acción procesal penal se entiende el excitar al órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso concreto es indudable que esta excitación se precisa, con toda exactitud, en el momento en que la acción procesal penal llega a su posición cenital: cuando el Ministerio Público formula conclusiones. En otras palabras, el Juez tiene forzosamente que decidir atendiendo a la excitación que el Ministerio Público le hace...<sup>71</sup>

Y es que, adoptar una postura contraria, conduciría a otorgar al Ministerio Público Federal una facultad ilimitada para subsanar irregularidades cometidas dentro del procedimiento penal y ejercer acción penal en contra del indiciado cuantas veces considere necesario, generando una grave incertidumbre jurídica en la esfera jurídica del gobernado.

De esta manera deviene inconcuso, que la facultad del legislador para suspender el procedimiento penal, es al momento de resolver la situación jurídica del gobernado, momento el cual devuelve el expediente al Ministerio Público Federal, a efecto de subsane los requisitos de procedibilidad establecidos dentro del artículo 400 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales.

---

<sup>71</sup> RIVERA SILVA, Manuel; *El procedimiento penal*, Porrúa, México, 2009, pp. 295 - 296.

## CONCLUSIONES

A lo largo de la presente investigación hemos sido testigos de la importancia de la inclusión del tipo penal de operaciones con recursos de procedencia ilícita al sistema penal mexicano. A nivel internacional permitió adoptar los acuerdos y regulaciones establecidos en diversas convenciones y tratados internacionales de la materia; a nivel nacional, se erige hipotéticamente en un mecanismo de combate frontal al narcotráfico y la delincuencia organizada, tópicos que adquirieron importancia desde ya hace varios años en México.

Es por ello, que su correcta regulación legislativa deviene de suma importancia a efecto de que facilite la persecución de dicha conducta antisocial, de manera que se cumplan cabalmente los objetivos para el cuál fue creado. Para nadie resulta un secreto que debido a la propia complejidad del tipo penal, en contubernio con su desconocimiento generalizado, ha dado pie a que el mismo sea utilizado como mecanismo de persecuciones políticas que desfiguran la esencia del delito en estudio.

Por tanto, resulta necesario exponer las diversas conclusiones a las que hemos podido arribar con el presente trabajo de investigación en lo que hace al delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita:

1.- La primera de ellas se relaciona directamente con lo referente al ilícito previo del cual derivan los derechos, recursos o bienes, objeto material del de delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, en donde el legislador en clara desatención a su génesis, amplió la esfera jurídica a fin de abarcar cualquier tipo de conducta delictiva para que fungiera como base o subyacente del mismo.

Dicho actuar, debemos establecer, contrajo significantes consecuencias en cuanto a la aplicación del tipo penal se refiere. Por un lado, legitimó su abuso

excesivo al grado de prácticamente reconocer que en todos los casos en que un sujeto activo o una tercera persona dispongan en general del objeto producto de cualquier delito cometido, necesariamente implicaría la actualización del delito en estudio; por otro, desvió su aplicación a los sectores a los que realmente se dirige, como lo es, el combate frontal al sector financiero de los cárteles de la droga.

De esa manera, paso a ser un delito que en el ámbito internacional combatía diversos aspectos relacionados con tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, a utilizarse a nivel nacional, en muchos casos, como medio presión por parte de los órganos de procuración de justicia, valiéndose de que el mismo es de los catalogados como graves, y los procesados invariablemente enfrentan el proceso penal en prisión preventiva.

Es decir, graves yerros legislativos han servido como base para que el tipo penal en estudio, que recordemos fuera incluido en atención precisamente a la llamada Convención de Viena de 1988, pierda su objetivo directo para el cual fue creado, desviando como consecuencia su correcta aplicación.

Tal como lo hemos visto a lo largo de la presente investigación, la citada convención fue pionera en tipificar la conducta delictiva que nos ocupa, estableciendo de forma preclara que el delito previo al de lavado de dinero, únicamente puede serlo el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Por otro lado, de la lectura de la Exposición de Motivos que generó la inclusión del tipo penal en estudio, se desprende con meridiana claridad que la inclusión del delito del lavado de dinero es consecuencia del cumplimiento de nuestro País a compromisos adoptados en sendo tratado internacional, de lo que se puede llegar a colegir, que el “espíritu del legislador” no fue correctamente plasmado en dentro del texto legal del artículo 400 bis, del Código Penal Federal, ya que a pesar de establecer en un sin número de veces que el objeto era el combate al narcotráfico, se

incluyó a “cualquier delito” para que sirviera como delito subyacente al de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Por tanto, en cuanto a éste punto se ha llegado a la conclusión, de que dicho tipo penal debe ser reformado substancialmente a efecto de que se cumpla el objetivo para el cual fue creado y, de paso, encuentre congruencia con la propia exposición de que el legislador hizo de su incorporación al sistema penal mexicano, señalando que únicamente puede fungir como delito previo o subyacente de donde deriven los recursos, derechos o bienes, objeto material de operaciones con recursos de procedencia ilícita, los delitos catalogados como “contra la salud” en conjunto con el delito de delincuencia organizada.

Sólo de esa manera puede garantizarse plenamente que sean respetados los bienes jurídicos que dicho tipo penal busca tutelar como lo 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, la estabilidad y el sano desarrollo de la economía nacional, y en todo caso tutelar la preservación de los derechos humanos.

En ese mismo sentido, se lograría ofertar mayor seguridad jurídica a los gobernados evitando que dicho tipo penal sea malversado por parte de la Procuraduría General de la República, abusando de su aplicación como método de presión para la obtención de fines meramente políticos, esto, toda vez que como ya se señaló, se erige en un delito de los catalogados como “graves” es decir, que ameritan prisión preventiva.

2.- La segunda de las conclusiones a las que hemos llegado dentro de la presente investigación, es un tema que desde luego se considera debe ser materia de reforma por parte de nuestros Legisladores, siendo este, el referente a los requisitos de procedibilidad inmersos dentro del tipo penal en estudio cuando en su comisión se utilicen servicios de instituciones que integran el sistema financiero.

El hecho de que el legislador contemporáneo hubiese establecido el término “denuncia” como requisito de procedibilidad para proceder penalmente por el delito en estudio cuando interviene el sistema financiero, ha generado complicaciones, y ha dado paso a diversas arbitrariedades por parte de los órganos de investigación como de impartición de justicia en nuestro País.

Como se señaló anteriormente, atendiendo a la naturaleza de la *notitia criminis* requerida por parte de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, ésta no puede considerarse propiamente una denuncia sino como un acto equivalente a la querrela. Dicha confusión no solo irroga dificultades en cuanto a su terminología, sino por la diferencia abismal que existe entre ambas figuras, situación que ha sido catalogada como “una grave falta de técnica – jurídica” por parte de la doctrina más autorizada en materia penal a nivel nacional e internacional.

Y es que, la denuncia es ejercida por alguien que no esté obligado a ello, es decir, no exige un denunciante exclusivo, situación que en la especie no ocurre ya que la redacción del artículo 400 Bis del Código Penal Federal es muy claro al establecer dentro de su párrafo cuarto y quinto, que la misma únicamente puede ser interpuesta por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público.

Es decir, el legislador no facultó a cualquier ciudadano a dar noticia a las autoridades correspondientes de la posible comisión del delito de operaciones en la hipótesis que nos ocupa, sino que, señaló exclusivamente a la Secretaria de Hacienda y Crédito Público para ello. Aunado al hecho de que el denunciar no representa una facultad para dicha Secretaria, sino una obligación como se advierte de la simple lectura del precepto en cuestión.

Atento a las consideraciones expuestas dentro de la presente tesis profesional en cuanto a éste tema se refiere podemos concluir, que el Legislador debe corregir el término adoptado relativo a la noticia criminal exigida a la Secretaria de Hacienda y

Crédito Público, señalando que la misma es un acto equiparable a la querrela y no propiamente una denuncia.

3.- Otra de las conclusiones a las que hemos llegado con el presente trabajo de investigación, y que se considera hace latente la falta de técnica – jurídica en la redacción de nuestro actual artículo 400 Bis, del Código Penal Federal, es el relativo a otro de los requisitos de procedibilidad contenido en dicho numeral, consistente en que previo a la formulación de ese acto equivalente a la querrela exigible a la Secretaria de hacienda y Crédito Público, se ejerza por parte de ésta, facultades de comprobación respecto de periodos y sujetos determinados.

Si bien, dicho requisito puede ser advertido dentro de la actual redacción, el mismo es notoriamente obscuro o ambiguo. Dentro de su actual párrafo quinto el numeral en estudio establece: *“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”*. Como se puede observar, lo transcrito no es suficientemente claro y preciso, ya que no señala exactamente en qué consisten esas facultades de comprobación con las que cuenta la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, ni muchos señala que éstas deban de ser respecto de determinados periodos y sujetos, generando de esa forma una falta de certidumbre jurídica en los gobernados.

En suma, son varios los aspectos torales que necesariamente deben ser reformados para una correcta aplicación del tipo penal en estudio. Lo anterior si se considera, que su exacta regulación contribuiría a un mejor resultado en el combate al sistema financiero de los cárteles de la droga en México, tópico que se itera, es el objetivo directo del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

## PROPUESTAS

**Se propone reformar el artículo 400 bis, del Código Penal Federal en los siguientes aspectos:**

1. Se propone reformar el primer párrafo del artículo en estudio para que quede de la siguiente manera:

**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, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de alguno de los las *conductas previstas y sancionadas dentro del Título séptimo, Capítulo Primero, de este código*, 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.

Como se puede observar, dicha reforma va encaminada a modificar el catálogo de delitos previos o subyacentes existentes dentro del numeral en estudio al establecer, que los mismos sólo pueden ser conformados por alguno de los delitos previstos dentro del Título Séptimo, Capítulo Primero, del Código Penal Federal. Es decir, que sólo los delitos denominados “contra la salud” puedan servir como fuente generador de los recursos, derechos o bienes, objeto material del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

El avance más significativo que consideramos otorga la reforma que se propone, es cumplir precisamente con la génesis del injusto en estudio, pues recordemos, que el mismo fue incluido en el sistema penal mexicano en adopción a la llamada Convención de Viena de 1998 misma que establece como único catálogo de delitos previos o subyacentes al de lavado de dinero, al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; situación que incluso fue señalada por el legislador contemporáneo dentro de la exposición de motivos que diera origen al artículo 400 bis, del Código Penal Federal.

2. De igual forma, se propone reformar el cuarto párrafo del artículo 400 bis, del Código Penal Federal, para quede como a continuación se detalla:

**Artículo 400 bis**

[..]

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 de la *querrela* previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La reforma propuesta, tiene como finalidad subsanar la falta de técnica – jurídica legislativa contenido en dicho numeral, ya que no se trata propiamente de una simple denuncia si no de un verdadero requisito de procedibilidad que condiciona el inicio o el ejercicio de la acción penal dentro de una averiguación previa. Con ella, se lograría dotar de mayor certeza jurídica a los gobernados que son sujetos a un procedimiento penal por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

2. Por último, se propone reformar el párrafo quinto del numeral en comento, para que quede como a continuación se detalla:

**Artículo 400 bis:**

[...]

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 previstas dentro del artículo 42 del Código Fiscal de la Federación, respecto de sujetos y periodos determinados, observando en todo momento las formalidades establecidas dentro de los artículos 44 y 48 del mismo ordenamiento*, y en su caso, denunciar hechos que probablemente puedan constituir dicho ilícito.



Mediante dicha reforma al quinto párrafo del numeral en estudio, se lograría delimitar la potestad de las autoridades hacendarias a efecto de comprobar que los contribuyentes o terceros relacionados hayan cumplido con sus obligaciones en materia fiscal, para en su caso, determinar las contribuciones omitidas, así como comprobar la comisión de delitos fiscales, estableciendo que dichas facultades de comprobación únicamente pueden ser aquellas contenidas dentro del artículo 42 del Código Fiscal de la Federación.

Recordemos que en nuestro sistema jurídico rige el principio de facultades expresas para las autoridades, de ahí que las autoridades requieren un marco regulatorio que les permita verificar a los contribuyentes, responsables solidarios o terceros perjudicados, por lo que resulta ilegal que la actual redacción del artículo 400 bis, del Código Penal Federal, establezca “facultades de comprobación” en sentido amplio, sin delimitar cuales son éstas y las formalidades que las mismas deben de respetar.

Atento a lo anterior, la reforma que se propone señala, que dichas facultades de comprobación deben en todo momento respetar las formalidades previstas por los artículos 44 y 48 del Código Fiscal de la Federación, consistentes en la notificación del inicio de sendas facultades exclusivas de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, añadiendo que las mismas, deben de ser ejercidas respecto de periodos y sujetos determinados.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ PASTOR, Daniel y EGUIDAZU FERNÁNDEZ, Palacio, *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de Blanqueo de Capitales*, 3ª edición; Thompson Reuters Aranzadi, España, 2012.

CALLEGARI, André L, *Lavado de Dinero Blanqueo de Capitales*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010.

CASTAÑEDA JIMÉNEZ, Héctor, *Aspectos socioeconómicos del lavado de dinero en México*, INACIPE, México, 1991.

CEDILLO, Juan Alberto, *La Cosa Nostra en México*, Grijalbo, México, 2011.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El Error Sobre Elementos Normativos Del Tipo Penal*, La Ley, España, 2008.

DÍEZ RIPOLLES, José Luis, *El blanqueo de capitales procedentes del Tráfico de Drogas. La Recepción de la Legislación Internacional en el Ordenamiento Penal Español*, número 32; Actualidad Penal, España, 1994.

FABÍAN CAPARRÓS, Eduardo, *Consideraciones de Urgencia Sobre la Ley orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de Modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en Materia de Tráfico de Drogas (especial referencia de al tratamiento de actividades económicas ligadas al narcotráfico)*, en ADPCP, tomo XLVI; España, 1993.

FIGUEROA VELÁZQUEZ, Rogelio M, *El delito de lavado de dinero en el Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, México, 2001.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del derecho*, Porrúa, México, 2002.

GARCÍA RAMÍREZ, Efraín, *Lavado de dinero. Análisis jurídico del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita*, Sista, México, 1998.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, ADATO DE IBARRA, Victoria, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, Porrúa, México, 1991.

GONZÁLEZ, Guadalupe y TIENDA, Martha, *México y EUA en la cadena internacional del narcotráfico*, 2ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1989.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, *El Delito de Lavado de Dinero*, Informes en Derecho, Ministerio Público, Santiago, 2005.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, *La Ley y el Delito. Principios de Derecho penal*, 10ª edición, Sudamericana, Buenos Aires, 1980.

JUAREZ CARRO, Raúl, *Código Federal de Procedimientos Penales*, Porrúa, México, 2007.

LECOURS, Alain, *Crónica Jurídica*, Montreal, Canadá, 2007.

LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, *Los principios del procedimiento administrativo*, Castellanos, México, 2008.

NANDO LEFORT, Víctor Manuel, *El lavado de dinero, nuevo problema para el campo jurídico*, Trillas, México, 2009.

MARIENHOFF, Miguel. S, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot-Lexisnexis, Argentina, 2007.

MICHEL, Ambrosio, *Derecho Penal Fiscal*, Porrúa, México, 2012.

MOGUEL ANCHEITA, Beatriz, *Ineficaz persecución criminal del delito de lavado de dinero en México*”, *CRIMINOGENESIS*, número 3; revista especialista en criminología y Derecho Penal, México, agosto 2008.

ORTIZ DORANTES, Angélica, *El delito de lavado de dinero en México*, Porrúa, México, 2011.

RIVERA SILVA, Manuel, *El procedimiento penal*, Porrúa, México, 2009.

ROMO, Jorge L., *El lavado de dinero y su vinculación con actividades de apuestas y juegos de azar en la legislación mexicana*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2010.