



El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita y el principio de presunción de inocencia

Miguel Ángel Aguilar López

Magistrado adscrito al Cuarto Tribunal Colegiado
en Materia Penal del Primer Circuito

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. II. Principio de presunción de inocencia en la Constitución Mexicana. III. ¿El artículo 400 bis del Código Penal Federal contempla un régimen de excepción al principio de presunción de inocencia? IV. Antecedentes legislativos. V. Régimen de excepción al principio de presunción de inocencia, previsto en el artículo 400 bis del Código Penal Federal. VI. Conclusión. Referencias normativas.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿La legislación mexicana consagra el principio de presunción de inocencia?, ¿el artículo 400 bis del Código Penal Federal contempla un régimen de excepción al principio de presunción de inocencia para las personas que se encuentran bajo el supuesto de ley?

Para ofrecer una respuesta hemos de proceder, previamente, al análisis de la Constitución, fundamento del orden jurídico nacional.

II. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Debemos partir del análisis de los artículos 14, 16, 21 y 102 constitucionales con el objeto de determinar si hacen alusión al *principio de presunción inocencia*; que consiste en el derecho, de toda persona que ha sido acusada de un delito, a ser considerada inocente, en tanto no se demuestre —por resolución judicial definitiva— su culpabilidad.

Los artículos constitucionales en cita textualmente disponen:

Artículo 14. [...] En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Artículo 16. [...] No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial, y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Artículo 21. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.

Artículo 102. [...] Apartado A [...] Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpadados; buscar y presentar pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

La anterior transcripción permite advertir que, en nuestra Carta Magna, el *principio de presunción de inocencia* no se prevé de forma expresa sino implícita.

De la interpretación sistemática de los citados artículos se distingue el *principio de debido proceso legal*, que presupone que al inculpado se le reconozca el derecho a la libertad. Derecho del que sólo el Estado podrá privarlo, cuando existan suficientes elementos incriminatorios, luego de haber seguido un proceso penal en su contra —en el que se hayan respetado las formalidades esenciales del procedimiento, la garantía de audiencia y la de adecuada defensa, con objeto de que el inculpado haya logrado la oportunidad de ofrecer pruebas destinadas a desvirtuar la imputación correspondiente— y, una vez que el juez pronuncie sentencia, con base en las pruebas ofrecidas, sea declarado inocente o culpable.

Por otra parte, se advierte el *principio acusatorio* que señala la competencia, a cargo del Ministerio Público, de la función persecutoria de los delitos y de la obligación (*carga*) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19 constitucional —particularmente, cuando previene del auto de formal prisión, que deberá expresar *los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado*—. En el mismo sentido, el artículo 21 constitucional establece que *la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público*; de igual forma, el precepto 102 constitucional dispone que es atribución del Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole *buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos*.

En ese tenor, los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan tácitamente el diverso principio de presunción de inocencia, originando que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito; porque en el sistema constitucionalmente previsto el indiciado no tiene la carga de probar su inocencia, correspondiendo al Ministerio Público acreditar el delito y la culpabilidad del imputado.

Encuentra sustento este criterio en la tesis jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN

FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, la garantía de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar 'los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado'; en el artículo 21, al disponer que 'la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público'; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole 'buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos'. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado [*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tesis P. XXXV/2002, p. 14, XVI].

III. ¿EL ARTÍCULO 400 BIS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL CONTEMPLA UN RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA?

La respuesta debe incluir, inicialmente, la transcripción del precepto legal y, luego, su estudio dogmático.

El artículo en cita, textualmente, señala:

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, encubrir o impedir conocer el origen, localización destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

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

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

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

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

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

Para los mismos efectos, el sistema financiero se encuentra integrado por las instituciones de crédito, de seguros y de fianza, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades financieras de objeto limitado, uniones de crédito, empresas de factoraje financiero, casas de bolsa y otros intermediarios bursátiles, casas de cambio, administradoras de fondos de retiro y cualquier otro intermediario financiero o cambiario.

A partir de lo anterior, se estima necesario precisar los aspectos generales que abarca el análisis teleológico de la norma penal referida, en la cual se hace evidente la coexistencia de:

- La descripción del tipo penal básico de *operaciones con recursos de procedencia ilícita*;
- La previsión del tipo penal especial de esa figura delictiva;
- La descripción de la agravante, relativa a la comisión del ilícito por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos;
- El requisito de procedibilidad de denuncia, formulada por la autoridad hacendaria, cuando se utilicen servicios de instituciones del sistema financiero;
- La facultad de comprobación que deberá ejercer dicha institución, tratándose de la citada hipótesis;
- La descripción de los elementos normativos requeridos por los tipos penales básico y específico, consistentes en “producto de una actividad ilícita” y “sistema financiero”.

1. Análisis dogmático del artículo 400 bis del Código Penal Federal. El tipo penal básico del delito de *operaciones con recursos de procedencia ilícita* descrito, en el punto primero de la norma penal analizada, está constituido por los siguientes elementos genéricos:

- Que el sujeto activo, por sí o por interpósita persona, adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza;
- Que las hipótesis conductuales se realicen en el territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa;
- Que al cometerse el delito, el sujeto activo tenga conocimiento de que los objetos materiales del delito, proceden o representan el producto de una actividad ilícita; y
- Que lo anterior se efectúe con el propósito de 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.

Ahora bien, en el segundo párrafo, el dispositivo punitivo en comento contiene la descripción particular del tipo penal especial de *operaciones con recursos de procedencia ilícita*, cuyos elementos constitutivos son:

- Que el sujeto activo tenga la calidad específica de empleado o funcionario de las instituciones que integran el sistema financiero;
- Que el sujeto activo, dolosamente, preste ayuda o auxilie a otro, para la comisión de las conductas descritas en el tipo penal básico.

La naturaleza de tipo especial de la descripción normativa, contenida en el párrafo segundo, se evidencia de la propia estructura que lo contiene, pues para su integración hace un reenvío al tipo fundamental o básico, cuyos elementos retoma e incluye otros que lo hacen autónomo e independiente de aquél.

De esta manera, para su acreditamiento requiere que el sujeto activo concrete la conducta de *prestar ayuda o auxilio a otro*, como *verbos rectores* de la norma especial, para que éste adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, dentro del territorio nacional; conducta que implica que esas operaciones sean realizadas por el sujeto activo hacia el extranjero o a la inversa, en

conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, y con el propósito de ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o el de alentar alguna actividad ilícita.

Asimismo, introduce una *calidad específica* en el sujeto activo. Concretamente la de empleado o funcionario de las instituciones que integran el sistema financiero. La disposición normativa analizada solamente podrá ser colmada por los sujetos activos que satisfagan la referida calidad específica y realicen la conducta rectora del tipo penal especial, consistente en *prestar auxilio o ayuda a otro* para la comisión del delito básico.

Por otra parte, el tercer párrafo del ordinal 400 bis del ordenamiento punitivo de la materia, contiene un tipo penal cualificado que introduce como calidad específica del sujeto activo del delito el carácter de servidor público, que tenga como encargo prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos, circunstancia agravante de la punibilidad señalada, para el delito básico y especial, al incrementarla en una mitad.

Además, en los párrafos subsecuentes, se desprende la exigibilidad de la denuncia —como requisito de prosecución penal— y el ejercicio de la facultad de comprobación, por parte de la autoridad hacendaria, cuando para la comisión del delito se utilicen *servicios de instituciones que integran el sistema financiero*. Elemento, este último, que la disposición normativa describe como constituida por las instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades financieras de objeto limitado, uniones de crédito, empresas de factoraje financiero, casas de bolsa y otros intermediarios bursátiles, casas de cambio, administradoras de fondos de retiro y cualquier otro intermediario financiero o cambiario. Finalmente, señala que debe entenderse como *producto de una actividad ilícita*: los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, de los cuales 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.

2. Análisis dogmático del tipo básico del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Los elementos descriptivos que se encuentran en el párrafo primero del artículo 400 bis del Código Penal Federal son:

- La existencia material de recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, que proceden o representan el producto de una actividad ilícita;
- El activo, en conocimiento de su origen ilícito, los 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;
- La conducta anterior se realice con el propósito específico de ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

De los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho señalado se debe acreditar la realización fáctica de alguna de las conductas alternativas de acción, relativas a: adquirir, enajenar, administrar, custodiar, cambiar, depositar, dar en garantía, invertir, transportar o transferir dentro del territorio nacional —de éste hacia el extranjero o a la inversa— recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza con conciencia plena de su procedencia ilícita y con el propósito específico de ocultar, encubrir o impedir que se conozca su origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita. Actividad que vulnera el bien jurídico tutelado, que no sólo radica en la estabilidad económica y en la seguridad del sistema financiero del país, sino que comprende también a la seguridad nacional.

No se requiere calidad de sujeto activo ni del pasivo, en virtud de que el primero es impersonal y que el segundo se constituye por la sociedad que reciente indirectamente la conducta delictiva. El resultado puede ser formal o material y depende de la hipótesis de concreción que se realice en particular.

El objeto material se constituye por la persona o cosa sobre la cual recae la conducta ilícita; en la especie, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza y que son objeto de blanqueo, los cuales requieren de una calidad específica, pues deben proceder o representar el producto de una actividad ilícita. El tipo penal no requiere de un medio específico para la consumación del evento. No se requieren circunstancias de tiempo, modo y ocasión, pero sí de lugar, en virtud de que las

diversas conductas que se contemplan en la norma deben realizarse tomando como referencia el territorio nacional, ya sea de éste hacia el extranjero o a la inversa. Como elementos normativos —a guisa de ejemplo— se encuentran, entre otros, las expresiones semánticas: “invertir”, “custodiar”, “transportar”, “recursos” y “productos de una actividad ilícita”.

El primer elemento: *invertir*, se constituye por uno de los verbos rectores del tipo penal y su contexto deriva de una interpretación de tipo cultural, denotado como la operación o manejo de capitales, tendiente a la obtención de un beneficio de naturaleza patrimonial; el segundo elemento: *custodiar*, se configura por otro de los verbos rectores del tipo penal, conceptualizado para los efectos del presente ilícito como la acción y efecto de guardar con todo cuidado alguna cosa, concretamente, los recursos de procedencia ilícita; el tercer elemento: *transportar*, puede entenderse como trasladar o llevar de un área geográfica a otra los recursos de procedencia ilícita; al cuarto elemento, *recursos*, corresponde también una valoración de tipo cultural, cuyo contexto, para los efectos del presente ilícito, se entiende como el dinero, capital, o circulante en mercados bancarios o financieros. Finalmente, el elemento normativo: *producto de una actividad ilícita*, deriva de una valoración de tipo jurídico, al tenor de una interpretación auténtica de la ley, dado que el sexto párrafo del propio artículo 400 bis del Código Penal Federal establece que son producto de una actividad ilícita los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza cuando exista 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.

Al respecto es aplicable la tesis:

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 [*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo XII, septiembre de 2000; página: 779; tesis: V.2o.35 P.: tesis aislada, materia penal].

Se requieren como elementos subjetivos específicos diversos del dolo, que el sujeto activo conozca que los recursos que resienten cualquiera de las conductas típicas provengan o representan el producto de una actividad ilícita. Asimismo, es necesario que su acción tenga el propósito específico de ocultar, encubrir o impedir que se conozca el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

IV. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Del análisis del precepto en cuestión y de su estudio dogmático, bajo el método teleológico, 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 en la *Convención de las Naciones Unidas, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*.¹

¹ Convención suscrita por nuestro país el dieciséis de febrero de mil novecientos ochenta y nueve; aprobada por el Senado de la República —el treinta de noviembre del mismo año—, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el

La Convención adquirió el rango de Ley Suprema, acorde con lo que establece el artículo 133 de la Constitución Política 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 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,

nueve de febrero de mil novecientos noventa; el depósito del instrumento de ratificación se realizó el once de abril siguiente y entró en vigor internacional hasta el once de noviembre del año en cita.

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 [*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo X, pág. 46].

A efecto de conocer la teleología 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; asimismo, conocer la exposición de motivos de la cámara de origen.

Los artículos de la *Convención* textualmente disponen:

Artículo 1. DEFINICIONES

Salvo indicación expresa en contrario, o que el contexto haga necesaria otra interpretación, las siguientes definiciones se aplicarán en todo el texto de la presente Convención: [...]

- l) Por “embargo preventivo” o “incautación” se entiende la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia

o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o por una autoridad competente;

m) Por “tráfico ilícito” se entiende los delitos enunciados en los párrafos 1 y 2 del artículo 3 de la presente Convención; [...]

p) Por “producto” se entiende los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3;

q) Por “bienes” se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos; [...]

Artículo 2. ALCANCE DE LA PRESENTE CONVENCIÓN

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 psicotrópicas que tengan una dimensión internacional. En el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente Convención, las Partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. 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.

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 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 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 éstos 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 1 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 detención 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 [...]

5 [...]

- a) La Parte que haya decomisado el producto o los bienes conforme a los párrafos 1 ó 4 del presente artículo dispondrá de ellos en la forma prevista por su derecho interno y sus procedimientos administrativos.
- b) Al actuar a solicitud de otra Parte, con arreglo a lo previsto en el presente artículo, la Parte podrá prestar particular atención a la posibilidad de concertar acuerdos a fin de:
 - i) Aportar la totalidad o una parte considerable del valor de dicho producto y de dichos bienes, o de los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes, a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y sustancias psicotrópicas;
 - ii) Repartirse con otras Partes, conforme a un criterio preestablecido o definido para cada caso, dicho producto o dichos bienes, o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes, con arreglo a lo previsto por su derecho interno, sus procedimientos administrativos o los acuerdos bilaterales o multilaterales que hayan concertado a este fin.

6 [...]

- a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, éstos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo.
- b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.
- c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados:
 - i) Del producto;
 - ii) De los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o
 - iii) De los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que al producto.

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

8. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Artículo 6. EXTRADICIÓN

- 1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por las Partes de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.
- 2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre las Partes. Las Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concierten entre sí [...]

Artículo 7. ASISTENCIA JUDICIAL RECÍPROCA

- 1. Las Partes prestarán, a tenor de lo dispuesto en el presente artículo, la más amplia asistencia judicial recíproca en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3.

2. La asistencia judicial recíproca que ha de prestarse de conformidad con el presente artículo podrá ser solicitada para cualquiera de los siguientes fines: [...]

Artículo 8. REVISIÓN DE ACTUACIONES PENALES [...]

Artículo 9. OTRAS FORMAS DE COOPERACIÓN Y CAPACITACIÓN [...]

c) La vigilancia de la importación y exportación de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y sustancias que figuran en el Cuadro I y el Cuadro II; [...]

Artículo 10. COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y ASISTENCIA A LOS ESTADOS DE TRÁNSITO

1. Las Partes cooperarán, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales o regionales competentes, para prestar asistencia y apoyo a los Estados de tránsito y, en particular, a los países en desarrollo que necesiten de tal asistencia y apoyo, en la medida de lo posible, mediante programas de cooperación técnica para impedir la entrada y el tránsito ilícitos, así como para otras actividades conexas.

2. Las Partes podrán convenir, directamente o por conducto de las organizaciones internacionales o regionales competentes, en proporcionar asistencia financiera a dichos Estados de tránsito con el fin de aumentar y fortalecer la infraestructura que necesiten para una fiscalización y una prevención eficaces del tráfico ilícito.

3. Las Partes podrán concertar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales para aumentar la eficacia de la cooperación internacional prevista en el presente artículo y podrá tomar en consideración la posibilidad de concertar arreglos financieros a ese respecto.

De la exposición de motivos del decreto, que adicionó el artículo 400 bis al Código Penal Federal, se desprende:

La legislación penal se ha encontrado casi siempre a la zaga de los cambios sociales, por lo que requiere de constante actualización. El Código Penal

vigente, de 1931, ha sido objeto de múltiples cambios sobre todo en los últimos diez años, siendo de los más importantes el que experimentó en 1984 y el de 1994, este último, incluso, ha sido considerado como la más trascendente reforma penal de los últimos años, pues implicó cambios sustanciales tanto de la filosofía como de la política que caracterizaban a nuestra legislación penal, sin desconocer que los primeros avances de esta nueva orientación se dieron en 1984. Igualmente se reformó la Constitución General de la República en sus artículos 16, 19, 20, 107 y 119, y el Código Federal de Procedimientos Penales en el que también se introdujeron novedades procedimentales muy importantes.

En diciembre de 1994 el Ejecutivo Federal promovió nuevamente reformas a la Constitución, en sus artículos 21, 73, fracción XXIII, y 105, entre otros que definitivamente inciden en el sistema de justicia penal y de seguridad pública del Estado Mexicano, lo que significa que nuestro sistema se encuentra en constante transformación, buscando su renovación y perfeccionamiento para ser más eficiente.

Ante las tendencias que en los últimos tiempos ha venido manifestando la delincuencia, que cada vez advierte una mayor organización y se hace más violenta, que cada día rebasa los límites nacionales y se internacionaliza, mostrando una mayor eficacia frente a los medios de control estatal, en los diversos órdenes, se plantea la necesidad de generar nuevas estrategias para combatirla eficazmente. Una de esas estrategias la constituye, sin duda, la modificación de la propia legislación penal, para que esté a tono con los cambios sociales, económicos y políticos, pero principalmente acorde a las transformaciones del fenómeno delictivo para el cual ha sido diseñado.

La respuesta del Estado 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.

De ahí que se haya planteado, por una parte, la creación de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, cuya iniciativa se prepara actualmente, y que más adelante será puesta a la consideración de ustedes,

la que prevé diversas estrategias que pueden posibilitar una lucha más eficaz contra el crimen organizado y los delitos conexos.

Por otra parte, y toda vez que es considerado la conveniencia de no incluir en dicho proyecto de iniciativa de ley a todas las cuestiones de carácter sustantivo o procesal que tienen que ver con la delincuencia organizada, sino que se ha preferido dejar dichas materias en el propio Código Penal, como es la regulación de los delitos que pueden cometerse en forma organizada, se deriva de ahí la necesidad de algunas modificaciones al Código Penal Federal, para que esté acorde con los contenidos que en aquélla se propondrán [...]

1. Lavado de Dinero

A. Justificación. El fenómeno del narcotráfico adquiere en nuestro país proporciones preocupantes que obligan al Estado mexicano a la adopción de nuevas fórmulas legales que permitan combatirlo en forma eficaz y, al mismo tiempo, garanticen la defensa y el desarrollo integral del Estado de derecho.

Bajo esa óptica y atendiendo al principio de solidaridad internacional, el 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*.

Con ese instrumento jurídico internacional México adquirió el compromiso, entre otros, de combatir al tráfico ilícito de drogas y proseguir con las campañas de investigación encaminadas a erradicar el cultivo y la producción o fabricación de narcóticos. Y, en su cumplimiento, el Gobierno Federal decidió 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 económica resultante de las enormes ganancias obtenidas con el tráfico ilícito de narcóticos y los limitados recursos pecuniarios invertidos por los Estados en el sector agrícola —en general, de los recursos orientados a mejorar el nivel de vida de la población—, demostró que sólo con una

adecuada estrategia se logrará éxito en las acciones dirigidas a combatir y erradicar el fenómeno del narcotráfico; esa postura determinó introducir, en la persecución del narcotráfico, tres objetivos para garantizar, hasta un punto razonable, la eficacia de los dispositivos instaurados al respecto, mismos que se orientan hacia la consecución de las siguientes metas:

- El debilitamiento económico de los cárteles internacionales y nacionales de la droga, a través de la interceptación, decomiso de los bienes y los productos de cualquier naturaleza generados con motivo de esa actividad. Además, de prevenir y combatir a la delincuencia organizada y los delitos graves que de ella derivan;
- El diseño de una legislación que se oriente a prevenir el lavado de dinero proveniente del narcotráfico y de cualquier otro delito considerado grave por la ley;
- La implantación de un estricto control en la producción y comercialización de precursores, solventes y disolventes, utilizados en los procesos químicos aplicables en la producción de las drogas.

En los últimos cinco años nuestro país ha incorporado a su legislación penal diversas disposiciones 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.

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. 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.

Este instrumento jurídico internacional fue aprobado, el 30 de noviembre de 1989, por el Senado de la República, y entró en vigor el 11 de noviembre de 1990. 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: la salud pública, los bienes jurídicos como la vida, la integridad física y el 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: el Código Penal; lo cual es acorde con una correcta técnica legislativa, porque 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 delictuosos, bajo el argumento de que el interés fiscal no se ha visto afectado; menos aún, cuando ellos se encuentran vinculados con delitos graves, como los que conforma 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, actualmente, el fenómeno de la delincuencia organizada, así como las materias 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 tiene 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 de dinero se rijan 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.

C. El tipo penal de lavado de dinero. Requisito de procedibilidad. En consecuencia es importante destacar que, a diferencia de la regulación vigente, la nueva figura delictiva que se propone no incluye el requisito de procedibilidad denominado “querella”, desincorporándola de la legislación fiscal debido a que se encuentra incorrectamente ubicado en dicha ley especial.

Sobre la cuestión de que el delito de lavado de dinero sea perseguible por querella de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se llegó a la conclusión de que, atendiendo a la naturaleza de los bienes jurídicamente tutelados por este delito, no existen en estricto rigor razones de política criminal que justifiquen tal requisito de procedibilidad pues se trata de bienes jurídicos no disponibles, que trascienden el mero interés del fisco federal, que se encuentran vinculados primordialmente a la debida recaudación tributaria.

Sin embargo, la regulación que se propone en el artículo 400 bis del Código Penal prevé la necesidad de recabar previamente la opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para proceder penalmente. Lo que no quiere decir que el Ministerio Público Federal sólo podrá iniciar una averiguación previa por el delito de lavado de dinero si cuenta previamente con dicha opinión, sino que ésta se referirá sólo para los efectos del ejercicio de la acción penal.

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 vigésimo tercero 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 al respecto 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.

De lo anterior se concluye que la figura típica *operaciones con recursos de procedencia ilícita* fue creada bajo el principio de solidaridad y cooperación internacional, con el objetivo de combatir el tráfico ilícito de drogas en su aspecto económico, con la finalidad de buscar el debilitamiento de tal actividad. Por ello, con la creación de dicho tipo, se pretendió tutelar la salud pública, seguridad de la nación, la estabilidad y sano desarrollo de la economía nacional. Lo que no se lograba con la regulación contenida en el artículo 115 bis del Código Fiscal de la Federación, en el que se protegía fundamentalmente el interés fiscal.

De ahí que, al quedar regulada dicha hipótesis normativa en el Código Penal Federal y eliminar la querrela, que como requisito de procedibilidad, anteriormente estaba a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para su persecución, se propició que el Ministerio Público estuviera en condiciones de investigar el delito de *operaciones*

con recursos de procedencia ilícita y perseguir oficiosamente a los autores de dicho ilícito.

V. RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 400 BIS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL

Por lo expuesto, especialmente con la redacción del penúltimo párrafo, del artículo 400 bis del Código Penal Federal, aparentemente, se creó un sistema de excepción. En cuanto a que impone al acusado la carga de la prueba para acreditar la licitud de los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, lo cual de ninguna manera implica que a los inculcados se les esté revirtiendo la carga de la prueba o eximiendo al Ministerio Público de la Federación de la obligación a que aluden los artículos 21 y 102 constitucionales. Toda vez que dicha autoridad deberá acreditar, como presupuesto de la mencionada presunción, en primer término: las conductas consistentes en adquirir, enajenar, administrar, custodiar, cambiar, depositar, dar en garantía, transportar, invertir o transferir y que las mismas se lleven a cabo dentro del territorio nacional; de éste hacia el extranjero o a la inversa, con el propósito de ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de los citados objetos materiales; o con ellos, alentar alguna actividad ilícita. En segundo lugar, que existan indicios fundados o certeza de que los recursos, derechos o bienes provienen directa o indirectamente o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito, en el caso concreto: narcotráfico; para ello, deberá practicar una serie de diligencias, que en su conjunto, den como resultado la presunción *iuris tantum*, contenida en el citado párrafo.

Efectivamente, el Ministerio Público para arribar a la conclusión de que determinada persona operó con productos de una actividad ilícita ha de realizar una serie de diligencias, en las que deberá considerar, entre otras circunstancias: la actividad a que se dedica el imputado, los ingresos que por ello obtiene, sus declaraciones fiscales, nexos con posibles delincuentes. Para sustentar con base en indicios fundados o con la certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito. De modo que,

en ese momento, el encausado en ejercicio de su derecho de defensa deba probar en su propio beneficio, la legítima procedencia de los recursos, derechos o bienes; y, con ello, desvanecer la imputación que se le ha formulado.

Por otra parte, ha de precisarse que del concepto jurídico de presunción, se deducen tres elementos: la *afirmación base*, la *afirmación resultado* o *afirmación presumida* y el *enlace* o *nexo lógico* existente entre ambas.

La *afirmación de base*, corresponde al hecho cuya acreditación permite considerar cierta la realización de otro hecho diferente; es decir, que se constituye por uno o varios hechos cuya veracidad ha sido comprobada y que, normalmente, se manifiesta junto con otros hechos distintos, respecto de los cuales no hay necesidad de prueba directa.

La *afirmación resultado* o *presumida*, es el segundo de los elementos integrantes de la estructura de la presunción y está constituida por el hecho no directamente probado, sobre cuya veracidad se logra la convicción o consecuencia de haberse acreditado la afirmación base. Es, por tanto, el hecho no probado de forma directa.

El último elemento que compone la estructura del juicio presuntivo es el *enlace* o *nexo lógico* entre la afirmación base y la presumida, que es el razonamiento que permite, según las reglas del criterio humano, afirmar la existencia de la segunda a través de la constatación de la inicial. Este enlace debe ser preciso y directo en el conjunto presuntivo, de tal modo que siempre que se dé tal enlace existirá la presunción.

En materia penal, la finalidad de establecer presunciones por parte del legislador, radica en el hecho de que en aquellas situaciones en las que por dificultad de probar directamente una situación a cargo del inculpado, no se pueda hacer frente a la realización de conductas socialmente reprochables.

Ahora bien, de lo dispuesto, en el penúltimo párrafo del artículo 400 bis del Código Penal Federal, se advierte que dicho precepto cuenta con todos los elementos que son propios de las presunciones, al reconocer la ilicitud de los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando provengan directa, indirectamente o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legítima procedencia, debiendo existir un nexo entre ambas afirmaciones (enlace lógico) para sostener dichas presunciones. Esta forma de

comprobar uno de los elementos normativos, constitutivos del delito de que se trata, no es atentatorio del principio de presunción de inocencia que le asiste al inculcado, por más que lo vincule a demostrar la lícita procedencia de los recursos para poder desvirtuar la prueba presuntiva que pesa en su contra, ya que es característica del proceso penal que al Ministerio Público corresponde allegar pruebas incriminatorias y al procesado las de su defensa, entre ellas: las que tiendan a desvirtuar o a desvanecer las aportadas por su contraparte.

Como puede advertirse, la presunción de que el producto proviene de alguna actividad ilícita, no es absoluta (*iuris et de iure*) sino relativa (*iuris tantum*), al admitir prueba en contrario; por lo que en todo caso el inculcado puede ofrecer las pruebas que estime pertinentes para demostrar la licitud de tales recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza.

En este sentido, el Ministerio Público por imperativo constitucional, debe justificar (carga probatoria) que las presunciones que invoca en el momento de ejercer la acción penal o en la acusación misma, para acreditar un elemento integrante del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, se satisface para el activo del delito, a través de la prueba circunstanciada y demostrado esto, corresponde al inculcado desvanecer tal acusación, y por ende, la demostración de que falta una condición de incriminación.

Al respecto es aplicable la tesis:

OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA. ACREDITAMIENTO DEL CUERPO DEL DELITO. Para que se acredite la corporeidad del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, párrafo primero, del Código Penal Federal, no es imprescindible que se demuestre la existencia de un tipo penal diverso, porque de conformidad con el párrafo sexto del mismo artículo, basta que no se demuestre la legal procedencia de los recursos y que existan indicios fundados de la dudosa procedencia de los mismos para colegir la ilicitud de su origen; de otra manera, la intención del legislador de reprimir tales conductas se anularía ante la necesidad de demostrar plenamente el ilícito que dio origen a esos recursos [*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, tomo XII, septiembre de 2000, pág. 629, tesis I.2o.P. J/13, jurisprudencia, materia penal].

VI. CONCLUSIÓN

Como se ha razonado, el principio de presunción de inocencia, como derecho que implícitamente se reconoce en la Constitución federal, resulta absoluto porque todas las personas gozan de él y sólo opera la restricción de garantías individuales a que se refiere el artículo 1º del mencionado ordenamiento, de conformidad a los supuestos señalados en dicha ley fundamental.

Luego, al no probar el Ministerio Público el cuerpo del delito o el delito y la responsabilidad del inculcado, probable o plena, carece de relevancia que el encausado ofrezca pruebas para desvanecer la imputación en su contra.

El hecho de que el precepto establezca expresamente que el inculcado acredite la legítima procedencia de sus recursos, está en realidad previniendo la forma en que dicho sujeto pueda adoptar su defensa frente a las pruebas aportadas por el Ministerio Público; pero no significa que dicho representante quede relevado de la carga probatoria por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

De igual forma, si el activo del delito no acredita la licitud de derechos, recursos y bienes de cualquier naturaleza, o su fuente de ingresos, dicha circunstancia, por sí sola tampoco releva al Ministerio Público para que recabe el acervo probatorio que acredite la existencia de indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de un delito. Por lo que la legitimación de su actuar, al traducirse en una de las formas de su defensa, no se constituye en una obligación sino en una carga procesal, lo que es congruente con el derecho de defensa, que puede o no ejercerlo, de acuerdo a la forma en que se le atribuya el mencionado hecho delictuoso. De tal suerte, el delito previsto y sancionado en el artículo 400 bis del Código Penal Federal no contraviene el principio de presunción de inocencia, que implícitamente se encuentra regulado en nuestra Carta Magna.

REFERENCIAS NORMATIVAS

Código Fiscal de la Federación.

Código Penal Federal.

Código Penal para el Distrito Federal.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes
y sustancias psicotrópicas.