

14 de Mayo, 2018.

DISCURSO DE INGRESO COMO MIEMBRO DE NÚMERO A LA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES

El 9 de septiembre de 2015 y en cumplimiento de los estatutos pronuncié un "*Discurso de Ingreso*" y en esa ocasión escogí un tema fundamental en la aplicación del derecho penal que consiste en la "*Motivación de las sentencias penales*"; discurso que fue contestado por el Académico Dr. Zamora Pierce. Este discurso y su respuesta ya se pueden consultar en la página de la Academia. En aquella ocasión agradecí que la prestigiada Academia Mexicana de Ciencias Penales, me hubiera llamado a ser uno de los suyos y manifesté que era para mí indudablemente un honor el haberme concedido la singular distinción de elegirme como uno de sus integrantes.

Los estatutos de la Academia fueron recientemente modificados y se suprimió la categoría de miembros supernumerarios, por lo que nuevamente en cumplimiento de los estatutos presento un "*Discurso de Ingreso*", pero ahora para ser miembro de número.

El 9 de septiembre de 2015, invite para ese evento a más de 200 personas en el Club de Industriales de la Ciudad de México, por la

cercanía de los dos eventos de ingreso con las diferentes categorías que marcaban los estatutos, le solicité a nuestra Presidenta, y demás miembros de la mesa directiva que se me permitiera, en esta ocasión, que mi "*Discurso de Ingreso*" lo presentara en una de las sesiones-comidas que celebramos mensualmente, y con la asistencia exclusivamente de los señores académicos que pudieran acompañarnos y se señaló esta fecha de 14 de mayo.

Dicho lo anterior, procedo a dar lectura a mi trabajo, el cual para efectos del "*Discurso de Ingreso*" y para no abusar de su tiempo, lo he resumido para que no se prolongue más de 40 a 50 minutos.

He presentado también el trabajo escrito que se requiere de acuerdo con los estatutos desde hace varios meses y que se podrá consultar cuando sea publicado en la Revista Criminalia. De ese trabajo escrito es el resumen que ahora presento a su consideración y que he titulado "**LOS BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO**".

I. Introducción.

Antiguamente se decía que el Derecho penal era el derecho de los pobres, propio de las clases marginales; en cambio, el Derecho civil que gira en torno a la propiedad y responsabilidades patrimoniales era el derecho de los ricos; ahora, con la expansión

del Derecho penal, se habla del delincuente de "*cuello blanco*". El Derecho penal en las últimas décadas empieza a proteger *nuevos bienes jurídicos* para reforzar y evitar comportamientos no deseados que lesionan la confianza en el orden económico, como son, entre otros, los procesos de ocultación de bienes de origen ilícito con el fin de dotarlos de una apariencia de legitimidad, por lo que se han adoptado fuertes medidas de carácter penal y administrativo que han evolucionado con gran velocidad y, además, la delincuencia también ha evolucionado de lo individual a lo colectivo mediante sofisticadas organizaciones que se internacionalizaron, por lo que fue necesaria su regulación a nivel mundial.

La actividad de desplazar al ámbito lícito la riqueza de origen ilegal fue contemplada por las leyes penales, en forma clara, entre el final de la década de los ochenta y el principio de los noventa. Esto debido, a la dimensión que alcanzó, por ejemplo, la naturaleza transnacional del intercambio financiero para mover dinero fuera de las fronteras nacionales y el apogeo de los llamados paraísos fiscales (*offshore*), que son utilizados no sólo por los lavadores de dinero sino también por los defraudadores fiscales para buscar evadir el pago de impuestos, por lo que han pasado estos delitos a "*ocupar los primeros puestos del ranking de la criminalidad*".¹

¹ Cfr. MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, Ignacio, *El Autoblanqueo (El delito como delito antecedente del blanqueo de capitales)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 10.

También es importante señalar, como lo menciona la autora Covadonga Mallada Fernández, la complejidad de los medios utilizados para la comisión del delito, que da lugar a la especialización de los blanqueadores de capitales y defraudadores fiscales que actúan "*asesorados por profesionales del sector que conocen todos y cada uno de los recovecos de las legislaciones*",² mencionando también la autora citada, lo relativo a las enormes cantidades de dinero que se blanquean y que se estima es casi el 5% del PIB mundial y que dan una idea de la magnitud del problema.³ Ello quizá aclara o justifica la importancia que está alcanzando en los ordenamientos jurídicos, incluido el mexicano, la represión de *lavado de dinero* y la *defraudación fiscal*. Incluso, Estados como el mexicano, los han convertido en un instrumento muchas veces abusivo y perverso de control y recaudación fiscal, desvirtuando el sentido original sobre todo del delito de *lavado de dinero* a nivel internacional.

El *lavado de dinero* en la legislación internacional y nacional de cada país ha puesto a los cultores del Derecho Penal a explorar y poner mayor atención sobre este delito de gran complejidad dogmática. La tipificación del *blanqueo* o *lavado de dinero* presenta dificultades de técnica legislativa que los ha llevado a una amplitud del tipo realmente desmesurada.

² Cfr. MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga, *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*, España, Thomson Reuters, 2012, p. 29.

³ *Ibidem*, p. 30.

La doctrina extranjera cuenta con estudios importantes, no siempre coincidentes sobre la estructura de este *sui géneris* delito. Hoy este fenómeno criminal ha puesto a los juristas del Derecho penal – por ser el delito de moda – a producir un universo de publicaciones desbordando auténticos ríos de tinta.

En México, consideramos que se dio un exceso del poder legislativo al crear un *tipo* demasiado elástico que ha sido analizado a profundidad por muy pocos juristas mexicanos.

Este trabajo versará sobre el *bien jurídico tutelado en el lavado de dinero* y demostramos que los bienes jurídicos que protege este delito son, a saber: la **procuración y administración de Justicia, la rectoría económica del Estado, la estabilidad y credibilidad del sistema financiero, y la libre y leal competencia económica**. Para llegar a dicha conclusión, además, presentamos toda una visión teórica actualizada sobre el *bien jurídico tutelado* y su proyección práctica al delito de lavado de dinero para evitar que se castiguen conductas absolutamente ajenas a los *bienes jurídicos protegidos* por dicho delito, principalmente, la investigación y procesamiento de personas por cantidades ridículas de dinero que, por ello mismo, no lesionan los mencionados *bienes jurídicos tutelados*. Esto está fundamentado y desarrollado a lo largo de este trabajo.

II. Algunas precisiones conceptuales.

II.1 Blanqueo de capitales, lavado de dinero u operaciones con recursos de procedencia ilícita

La Cámara de Senadores de nuestro país al trasladar del Código Fiscal de la Federación el artículo 115 bis que contemplaba el lavado de dinero al Código Penal Federal en el Título Vigésimo Tercero, Capítulo II, denominado "*Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita*";⁴ artículo 400 bis, consideró que este nombre se ajustaba más al contenido material del *tipo* y que no se debía permitir que las instituciones y figuras jurídicas tomaran denominaciones que "*han tenido su origen o se utilizan en el mundo de la delincuencia*".

No obstante, en la doctrina mundial se sigue conociendo a este delito con las denominaciones de "*Blanqueo de Capitales*", "*Lavado de Dinero*" "*Money Laundering*", "*Reciclaggio di capitale*", "*Geldwäscheri*", "*Blanchiment*", etc.

⁴ Este artículo fue creado mediante decreto de 29 de abril de 1996 y publicado en el Diario Oficial de 13 de mayo del mismo año. El artículo Segundo transitorio del Decreto de Modificación, señala que el artículo 115-bis del Código Fiscal de la Federación seguirá aplicándose por los hechos realizados durante su vigencia, tanto para las personas procesadas o sentenciadas por los delitos previstos y sancionados por el artículo 115-bis. Señala también que, para efectos de la aplicación de las penas respectivas, regiría lo dispuesto en el artículo 56 del Código Penal sin que ello implicara la extinción del tipo penal y que se seguiría considerando como un delito grave para los efectos del artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Carlos Aránguez Sánchez, nos dice que etimológicamente la acepción de *blanqueo* deriva del inglés *money laundering*, y que esta expresión se popularizó a finales de los años setenta por los mafiosos norteamericanos que ironizaban sobre la existencia de una serie de lavanderías que eran usadas fundamentalmente para invertir dinero ilícito, mezclándolo con fondos lícitos y así tratar de encubrir su origen.⁵

Ya mencionamos que al Senado de la República no le gustó usar denominaciones que hubieran tenido su origen en el mundo de las mafias, sin embargo, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia sí acepta el vocablo "blanquear" que en una de sus acepciones consiste en "*ajustar a la legalidad fiscal el dinero procedente de negocios delictivos o injustificables*".⁶ Idéntica definición la proporciona el Diccionario Enciclopédico Larousse⁷. Por su parte, el Diccionario del Uso del Español, de María Moliner, también recoge este vocablo y en la acepción que marca con el número 7 dice "*introducir en el circuito legal dinero generado en actividades delictivas lavar*".⁸

⁵ Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El Delito del Blanqueo de Capitales*, Madrid, Ed. Jurídicas y Sociales, S.A., Marcial Pons, 2000, p. 23.

⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 1992, t. II, p. 210.

⁷ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO, Larousse, Buenos Aires, 1997, p. 160.

⁸ Cfr. MOLINER, María, *Diccionario de Uso Español*, 2ª ed., Madrid, Ed. Gredos, S.A., 1998, t. I, p. 383.

Consideramos inadecuado que nuestro Código Penal se aparte de la terminología más usada en la mayoría de las legislaciones. En países de origen sajón, que emplean según manifestamos la terminología *money Laundering* o en Alemania *geldwäscheri*, en España *blanqueo de capitales*, lo mismo que en Francia *blanchiment* o en Portugal *blanqueamiento*.

En América Latina, la expresión *Lavado* se emplea en el "REGLAMENTO MODELO AMERICANO SOBRE DELITOS DE *LAVADO* RELACIONADOS CON EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y DELITOS CONEXOS" aprobado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 23 de mayo de 1992.

El autor Ignacio Martínez Arrieta de Prado, también menciona: "Quienes conocen bien el denominado Derecho de los Tratados y el Derecho penal internacional, saben el valor que hoy tiene la invocación del término *blanqueo* para facilitar la negociación internacional y para la autorización de órdenes y comisiones de investigación y extradiciones".⁹

El término *lavado o blanqueo* es el término más extendido en la doctrina y legislación de Sudamérica y si, además, está reconocido por los diccionarios de la lengua castellana a que nos referimos

⁹ MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, *op. cit.* p. 16

anteriormente, consideramos que esta terminología no es inadecuada (como sostiene el Senado) y es la que emplearemos en el curso de este trabajo.

II.2. Bienes, dinero o capitales.

En relación con este problema de la terminología, hay que determinar también si lo que se *blanquea o lava* son bienes, dinero o capitales.

El autor Carlos Aránguez Sánchez¹⁰ sostiene que el *blanqueo o lavado* no debe referirse exclusivamente al *dinero*, ya que la actividad económica -sea lícita o ilícita- puede generar además del dinero en efectivo, otro tipo de provechos, por ejemplo: bienes inmuebles, títulos, como pueden ser acciones, cheques, pagarés, entre otros, por lo que considera que, si bien es cierto que las palabras "*bienes*" o "*capitales*" se pueden considerar sinónimos y por lo tanto usarse indistintamente, considera que la expresión "*capitales*" define perfectamente la importancia *cuantitativa* que debe ser el *objeto material* del delito motivo de nuestro estudio, es decir, esta palabra "refleja esa idea de *exigir una cierta relevancia al objeto material*".

¹⁰ Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *op. cit.*, p. 29.

Es muy importante que el legislador no conceda significación criminal al lavado o blanqueo de bienes procedentes de actividades que no sean delictivas, es decir, que, para que un capital o dinero pueda ser considerado ilícito para efectos de este tipo penal es preciso que *proceda* de la comisión de un *hecho delictivo*, y nos inclinamos a que dicho hecho delictivo deba ser considerado *grave*, toda vez que no hay que perder de vista una realidad social como la de nuestro país en el que la economía informal o subterránea es una actividad a la que se dedican millones de personas, en que lógicamente el resultado de esa actividad va a trascender o a convertirse en dinero que tendrá que entrar tarde o temprano a la economía legal del país.

Aun cuando esto será analizado en este trabajo del *bien jurídico*, consideramos prudente insistir en que la vaguedad que usa la definición del tipo penal mexicano a que se refiere el artículo 400 bis, que habla de cualquier "*procedencia ilícita*" lo que nos puede llevar a cometer graves injusticias que no fue la idea de los legisladores, ni de los tratados internacionales cuando se creó este delito.

En el trabajo escrito desarrollé las diversas **teorías sobre el bien jurídico tutelado**, que ahí podrán ser consultadas, ya que este solo tema me llevaría el tiempo que pienso dedicar a este "*Discurso de Ingreso*" por lo que abordaré directamente lo que es el

tema principal de este trabajo y como mencioné anteriormente se refiere a los **Bienes Jurídicos Tutelados por el Delito de Lavado de Dinero.**

En la realidad, la precisión del *bien jurídico tutelado* y la determinación de sí requieren determinada protección penal, va de la mano con el análisis de las conductas antisociales que lesionan el *bien jurídico*, buscando las causas de su nacimiento y la determinación de su gravedad. El *bien jurídico tutelado* responde a las preguntas ¿Qué se lesiona o ataca con la conducta antisocial?

Es evidente que se debe considerar el *principio de intervención mínima* del Derecho penal, esto es, sólo deben pensarse aquellas conductas de especial gravedad que requieran tipificarse con las consecuencias que ello implica para el autor de la conducta antisocial. Así, debe generarse una ponderación entre el *bien jurídico tutelado* y la *evidente necesidad de protegerlo penalmente ante ciertas conductas*. Y dicha ponderación debe ser sujeta de crítica por los operadores jurídicos y por la sociedad.

Edgardo Buscaglia, recientemente ha develado los vericuetos del *lavado de dinero* y la *corrupción política* a nivel mundial, pues reunió numerosos datos provenientes de 111 países, con base en los resultados de diversos equipos de trabajo de campo, los cuales revelaron que detrás del crecimiento y enriquecimiento de países y

centros urbanos, existen fuertes movimientos de dinero sucio, tal como sucedió con la ciudad de Miami en Estados Unidos en los ochenta, con Málaga en España en los noventa y con los mercados inmobiliarios de Dubái, Londres y Berlín, entre otros. Esto lo lleva a considerar que el crecimiento económico de países de primer mundo proviene en gran parte del dinero producto del lavado de dinero realizado por países de la periferia como México, ya que más del 67% de los flujos de lavado de dinero del mundo terminan siendo integrados en los países más ricos, con instituciones fuertes. Lo anterior, es entendible, a juicio de los expertos, pues cualquier criminal de alto rango desea disfrutar de su dinero sabiendo que éste será protegido por mercados estables, desde los cuales podrá realizar ya compras y transferencias lícitas al país que desee. En cambio, en los países con problemas estructurales existen instituciones débiles y corruptas que navegan en economías de gran tamaño informal que facilitan la entrada de dinero sucio (proveniente de la delincuencia de todo tipo, destacándose por su trascendencia el fraude fiscal y financiero), el cual tratándose de la alta criminalidad (organizada, privada y estatal) es trasladado después de operaciones complejas a esos países del primer mundo, en donde existe paradójicamente certeza legal de que se protegerá lo que quedó como dinero limpio.¹¹

¹¹ Cfr. BUSCAGLIA, Edgardo, *Lavado de dinero y corrupción política, el arte de la delincuencia organizada internacional*, México, Penguin Random House Grupo Editorial, 2015, pp. 36-37 y 72-78.

Para evidenciar en forma práctica todo el autor analiza los casos del "Banco de Dios" en el Vaticano, donde había dinero sucio; el del general Sani Abacha de Nigeria, quien junto con allegados sacaron de dicho país entre 2 y 5 mil millones de dólares para depositarlos en cuentas del Reino Unido, Suiza, Francia, Luxemburgo y Estados Unidos; el del presidente de Filipinas Ferdinand Marcos, quien a través de sus allegados lavó más de 10 mil millones de dólares en activos patrimoniales en diversos países; el escándalo de 2012 surgido en el banco HSBC que fue utilizado para lavar billones de dólares; las grotescas ganancias de la mafia italiana que las llevó, por ejemplo, a abrir innumerables pizzerías en Estados Unidos para lavar dinero; el caso de México, colocándolo en el tercer lugar entre los países en desarrollo que más producen recursos ilegales, sólo detrás de China y Rusia; el caso de la financiera internacional costarricense Liberty Reserve, fundada por un ucraniano, la cual colocó al menos 6 mil millones de dólares ilícitos en el mercado formal tan sólo en cinco años, provenientes de un millón de usuarios de todo el mundo, quienes realizaron transacciones ilegales por fraude de tarjetas de crédito, robos de identidad, fraude de inversiones, entre otros; el mercado inmobiliario en diversos países donde se sobredimensiona el valor de los inmuebles comprados por la delincuencia internacional; la utilización de dinero sucio en campañas electorales, como el escándalo de corrupción de la constructora brasileña Odebrecht –uno de los más graves en la historia de América Latina y el Caribe–.

La firma brasileña estuvo en el corazón de un sofisticado aparato de sobornos para ganar multimillonarios contratos de construcción de obras públicas que traspasó las fronteras de Brasil y penetró poderosos estratos estatales, gubernamentales, políticos y económicos en 10 países de América Latina y el Caribe en uno de los más graves escándalos mundiales de lavado de dinero.

La cifra inicial de sobornos pagados por la megaestructura fue establecida en diciembre de 2016 por el Departamento de Justicia de EU en al menos 788 millones de dólares en Argentina, Brasil, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Perú y Venezuela (además de Angola y Mozambique). Washington aseguró que es el “mayor escándalo” de sobornos en el extranjero de la historia.¹²

Otro caso escandaloso sé dio dentro de la FIFA que ha llevado a la renuncia de Joseph Blatter, o los llamados *Panamá Papers* derivados de la filtración informativa de documentos confidenciales de la firma de abogados panameña Mossarack Fonseca¹³ y recientemente la revelación mundial de Periodistas de Investigación (International Consortium of Investigative Journalists) y que se conoce como *Paradise Papers* que fueron filtrados al público el 5 de

¹² *Periódico El Universal*, 31 de octubre de 2017, p. 8A.

¹³ <https://es.m.wikipedia.org/wiki/Panamapapers>

noviembre de 2017 que contiene los nombres de más de 120,000 personas y empresas, en que se menciona a la mismísima reina de Inglaterra Isabel II, así como a líderes políticos de diferentes países y destacadas personalidades de las finanzas, negocios, deportistas y artistas famosos que ocultaron activos y lavaron dinero.¹⁴

Estos estragos en un país son motivados, entre otros factores, por “facilidades” en el blanqueo de dinero. El Consejo de Europa considera que anualmente el tráfico de drogas produce entre 450,000 y 750,000 millones de dólares; el tráfico de armas, 400,000 millones de dólares; la prostitución 8,000 millones de dólares y la piratería, 93,000 millones de euros. Se estima que el *lavado de dinero* a nivel mundial en un año, oscila entre el 2 y el 5% del producto global bruto, lo cual fluctúa entre 800 billones y 2 trillones de dólares.¹⁵

Ahora bien, todos los datos anteriores, pueden ser interpretados de dos formas.

La primera es que *la economía a nivel interno y mundial es puesta en peligro por el lavado de dinero*, pudiendo llegar, incluso, a influir gravemente en la crisis financiera de un país.

¹⁴ <https://es.m.wikipedia.org/Paradisepapers>

¹⁵ *Ibidem*, p. 23.

La segunda es que los poderes salvajes económicos (inversionistas, dueños de bancos, trasnacionales, emporios, capitalistas, entre otros) han encontrado una explicación alterna para justificar los capitales golondrinos y los efectos nocivos del liberalismo económico, a nivel nacional e internacional; con ello, además, se le permite a la vez a los grandes Estados apoderarse legalmente del dinero sucio que llega a su país, pero que fue saqueado de otro.

Ahora me referiré al **bien o bienes jurídicamente tutelados por el lavado de dinero en los tratados internacionales y en el Código Penal Federal.**

Los bienes jurídicos que ponen en peligro el lavado de dinero son ***la procuración y administración de justicia***, ya que al ocultar o pretender ocultar los recursos, bienes o derechos de procedencia ilícita, desde luego, se entorpece la procuración y administración de justicia así como otros bienes jurídicos como ***la rectoría económica del Estado, la estabilidad y credibilidad del sistema financiero, y la libre y leal competencia económica.*** ***La rectoría económica del Estado***, se traduce en la forma en que el gobierno interviene, dirige y protege la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, incluidos los financieros, mediante planes o programas de desarrollo que son ejecutados por diversas áreas estatales que procuran fomentar la competitividad,

crecimiento económico y el empleo, así como una justa distribución del ingreso y la riqueza. La precisión de este bien jurídico en México nos lo da el artículo 25 de la Constitución Federal. Por lo que hace a la **estabilidad y credibilidad del sistema financiero**, que se traduce en la credibilidad ante el público usuario del sistema financiero a que hace referencia el citado artículo 25 de la Constitución pero además el artículo 28 del mismo texto Constitucional y también la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita en sus fracciones II y III, por lo que los servicios que presten las entidades financieras deben ser protegidos como *bien jurídico tutelado* procurando mantener su *credibilidad*. Finalmente la **libre y leal competencia económica** también es un bien jurídico que deriva del artículo 25 de la Constitución Federal y del artículo 5° de ese mismo ordenamiento ya que en relación con el lavado de dinero es de equidad social y de interés público que la libre competencia sea lícita, leal o legítima, combatiéndose por ello cualquier posición privilegiada de una persona generada no por la intención de aportar, competir o producir en el mercado económico, sino para lavar el dinero que obtuvo de una actividad ilícita. Así, la ley debe *proteger la actividad económica* de los particulares que se conducen en forma lícita y leal ante su competencia desleal.

Ahora me referiré **al tema de incluir o no como sujeto activo del delito de lavado de dinero al autor del delito**

previo y si el bien jurídico del delito antecedente tiene alguna relevancia en el delito de lavado de dinero, pero para esto consideramos que es conveniente determinar si se puede incluir o no como *sujeto activo* del delito de lavado de dinero al *autor del delito previo*. Debemos decir que la estructura del delito de lavado parte de **la necesidad de vincular los actos de lavado a la existencia de una actividad delictiva previa**.

De acuerdo con los instrumentos internacionales se prevé que para incluir como *sujeto activo* del delito de lavado de dinero al *autor del delito previo* deben considerarse los principios y conceptos fundamentales del Derecho Penal de cada país.

En el caso del Estado Mexicano, el tipo penal de lavado de dinero previsto en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, **no prevé en forma expresa que el autor del delito previo deba ser considerado como sujeto activo del delito de lavado de dinero**. Así, dicho precepto legal admite dos interpretaciones contradictorias, conforme a la primera, si se considera que se incluye como sujeto activo al autor del delito previo, entonces se deben analizar los principios y conceptos fundamentales que permitan a los Tribunales Judiciales validar o no dicha interpretación legislativa. Conforme a la segunda, si se considera excluido como sujeto activo al autor del delito previo entonces no hay necesidad de hacer el análisis mencionado.

Nuestro personal punto de vista, y no obstante que la redacción del artículo 400 Bis del Código Penal Federal no es clara, **consideramos que en México no puede ser sujeto activo del delito de lavado de dinero, el mismo sujeto que también cometió o participó en el delito previo**, por las siguientes razones:

A. Derecho Comparado. Con respecto al delito de lavado de dinero, diversas legislaciones han sostenido que el autor de este ilícito **debe ser distinto de aquel que cometió el delito previo**. En efecto, el artículo 261 del Código Penal Alemán, declara que los bienes "*de origen delictivo*", han de proceder del delito "*de otro*" y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 165 del Código Penal Austriaco. El artículo 646 Bis y Ter del Código Penal Italiano, establece que solo son aplicables "*fuera de los casos de concurso de delitos*", y lo ha interpretado la doctrina de aquel país, en el sentido de excluir como autores de tal delito, a los responsables del delito previo. El Código Penal Sueco, en su artículo 6º, párrafo segundo del artículo 9º dice: "*a quien saque provecho indebido de los productos de la actividad criminal de otro*". La ley de 17 de julio de 1995, ha incluido un párrafo en el artículo 505 del Código Penal Belga, para excluir expresamente autores, coautores o cómplices del delito previo del círculo de sujetos activos del delito de lavado de dinero.

Como se podrá apreciar, **en Derecho comparado, quien comete el delito de lavado de dinero es un sujeto distinto de quien cometió el delito previo.**

B. Razones Doctrinarias. Existen argumentos a favor de la impunidad de lavado de dinero realizado por el autor o partícipe del delito previo; En efecto, la mayoría de la doctrina como nos lo recuerda Carlos Aránguez Sánchez, que sostiene: "***precisamente el autor o partícipe del delito previo no puede ser autor o partícipe en el posterior delito de blanqueo***"¹⁶

Queralt Jiménez, citado por Aránguez Sánchez también considera que el autor partícipe en el delito previo, no puede ser sancionado por la comisión del delito de lavado de dinero y en la misma línea se pronuncian otros autores que menciona Aránguez, como Romedal Moraleja, García Blázquez, Suárez González o Calderón Cerezo. En Alemania han mantenido una posición similar Körner y Dach.¹⁷

En su obra Curso de Derecho Penal. Parte Especial, González Reus mantiene también la exclusión del autor o partícipe del delito previo respecto al posterior blanqueo, considerando que es un "***acto posterior impune***".¹⁸

¹⁶ Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, p. 170.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ González Reus, Juan José: Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Madrid, Edersa, 1992 p. 852.

Autores como Moreno Cánoves y Ruiz Marco, consideran que los actos orientados a encubrir el origen del bien o eludir las consecuencias legales de sus actos, estarían amparados por el derecho constitucional a *no declarar contra sí mismos*.¹⁹

El autor español Isidoro Blanco Cordero, refiere que la doctrina Suiza considera que no cabe sancionar penalmente al autor del delito previo por el hecho posterior, encubridor o sancionador, es decir, la conducta de lavado de dinero, ya ***que el autor del hecho previo es impune por el delito posterior de blanqueo, recurriendo a lo que denominan privilegio del autoencubrimiento***. Los autores Schmid, Graver y Ackermann, señalan que las conductas posteriores de autoencubrimiento con relación al delito previo *son atípicas*, y sus aseveraciones descansan en el principio de la ***“no exigibilidad de una conducta distinta”***, esto es, no se le puede exigir al autor de un delito que se entregue a la justicia o en el ***privilegio del autoencubrimiento del sujeto activo del delito previo***. En realidad, el fundamento del privilegio del autoencubrimiento descansa en el principio regulativo de la no exigibilidad de otra conducta distinta; no se le puede exigir al delincuente que se descubra. En un criterio basado en razones de

¹⁹ Cfr. MORENO CÁNOVES, Antonio y RUIZ MARCO, Francisco: *Delitos Socioeconómicos*; Castellón, Edijus, 1196, pp. 226 y 227.

justicia: es impune el responsable de un delito que pretende eludir la acción de la justicia.

No se puede exigir una conducta distinta a quien habiendo cometido un delito, pretende su ocultación mediante el encubrimiento de los bienes que de él se han derivado, ya que se encuentra en una situación en la que resulta comprensible la actuación de esa manera. De lo contrario, se estaría exigiendo una declaración contra sí mismo. El recurso al derecho comparado, nos puede servir para apoyar nuestra postura. La doctrina suiza acude al principio general de inexigibilidad para fundamentar la idea del autoencubrimiento, y lo considera aplicable al delito de blanqueo de capitales.

C. Razón de su inclusión precisamente en el Título Vigésimo Tercero que trata del "encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita". El legislador mexicano para ser congruente con la mayoría de los países occidentales, **consideró este delito como una forma de encubrimiento o receptación.**

Ya mencionamos como a partir de 1988 se empezó a legislar en relación al delito de *lavado de dinero*, en base al compromiso que tomaron las naciones de la Convención de Naciones Unidas sobre Drogas, considerándolo como un delito de receptación o

encubrimiento. Delito que siempre debe de proceder de algún delito o actividad ilícita, sólo que en México no se limitó a que el *delito previo* estuviera relacionado con el tráfico ilícito de drogas, tal como lo recomendó el Proyecto de Naciones Unidas, sino que en México, el delito conexo puede ser cualquiera, apartándose también nuestro país de la Convención del Consejo de Europa, que consideraba que el *delito previo*, siempre debía ser un *delito grave*, pero para efectos de fundamentar nuestra conclusión, **se debe recordar que el delito de encubrimiento no lo puede cometer el autor del delito principal.**

El artículo 400 del Código Penal Federal que define el *encubrimiento*, establece en forma clara que éste se comete después de la ejecución de un delito "**y sin haber participado en éste**", introduciendo además, el elemento subjetivo "**a sabiendas**".

Si el delito de *operaciones con recursos de procedencia ilícita*, se incluyó en el Título Vigésimo Tercero, que contempla el *encubrimiento*, es que el legislador consideró que el *lavado de dinero* es una forma de *encubrimiento*, y por lo tanto el autor del *lavado* o *blanqueo*, obviamente, no puede ser perseguido penalmente y, por lo tanto se excluye la posibilidad que el *lavado de dinero* sea penado si participó en el *delito previo*.

D. Elemento subjetivo “con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita”.

La redacción del artículo 400 bis, contiene un *requisito subjetivo* del conocimiento de la actividad ilícita, y dicho elemento subjetivo constituye un dolo *específico* en el autor de este ilícito, que también **nos lleva a concluir que no puede ser sujeto activo del delito de lavado de dinero la misma persona que cometió el hecho ilícito previo**, ya que de ser así, sobraría la mención que hace el legislador, en el sentido de “**conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita**”, ya que si fuera la misma persona la que cometió el *ilícito previo* y la que comete la actividad de *lavado de dinero*, lógicamente sabría el origen del dinero o bienes motivo de los supuestos a que se refiere el artículo 400 Bis del Código Penal Federal.

Dicho lo anterior, podemos afirmar que una de las características del delito de lavado es la **ajeneidad**, o sea, que el autor de lavado no haya participado ni como autor, ni como cómplice, del delito previo.

Quien comete un delito patrimonial y se aprovecha de los bienes no vuelve a delinquir, sino que realiza actos de agotamiento del primer delito y siguiendo al autor Ignacio Martínez-Arrieta Márquez

de Prado²⁰ que nos indica que, si se aplica la teoría de los *actos copenados*, del *autoencubrimiento impune* y de la *no exigibilidad de otra conducta*, es evidente que se debe excluir la responsabilidad del delito de lavado a quienes cometieron el delito principal ya que además vulneraría el principio *non bis in ídem*.

En algunos países y por presiones del *GAFI*, se están modificando las legislaciones sobre lavado de dinero, para permitir lo que se ha denominado el *autoblanqueo*. En España, por ejemplo la regulación de este delito hasta la reforma de 2010 la sanción penal por este delito se aplicaba a una persona diferente de la que había cometido el delito antecedente. Ahora después de la reforma referida, se abrió la posibilidad de que quien cometió el delito previo pueda también ser autor del lavado de dinero. En México hasta el momento no se ha reformado la ley en este sentido, por lo que insistimos que no puede castigarse penalmente por el delito de lavado de dinero a quien también cometió el delito previo²¹

Después de aclarado lo anterior y en relación al tema del *bien jurídico del delito antecedente*, recurrimos nuevamente a la opinión de Aránguez Sánchez **quien no considera que se proteja el bien jurídico del delito previo con el lavado de dinero**, pues el Derecho Penal no se centra en el efecto, sino en la causa del delito.

²⁰ Cfr. MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, Ignacio, *op. cit.*, p.34.

²¹ Cfr. *Idem*.

Además, a su juicio, se adelantaría la punición penal a la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico del delito previo y no puede confundirse la finalidad de la Ley con el bien jurídico protegido.²²

Por su parte, Blanco Cordero no lo considera un *bien tutelado* por el *lavado de dinero*, ya que se estaría penalizando el blanqueo de capitales como medio para reforzar la protección de un *bien jurídico* previamente menoscabado por el delito previo. Así, el *lavado de dinero* tendría un fin preventivo general, pues la norma penal se aplicaría a quien lava el dinero, pero en realidad estaría dirigida al potencial autor del delito previo. Con ello, se haría recaer una pena sobre un sujeto distinto de aquel cuyo comportamiento se pretende evitar.²³

Angélica Ortiz Dorantes considera que la conducta del que obtiene un beneficio económico de los bienes procedentes de un delito grave no prolonga la previa situación antijurídica; la obtención de ese beneficio por otros sujetos o por quien ha cometido la conducta en nada puede aumentar o mantener la lesión; tampoco implica que el *bien jurídico* del *delito previo* se verá lesionado en el futuro.²⁴

²² Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *op. cit.*, pp. 96-97.

²³ Cfr., BLANCO CORDERO, Isidoro, *op. cit.*, p. 197.

²⁴ Cfr., DORANTES ORTÍZ, Angélica, *op. cit.*, p. 105.

Con esto doy por terminado mi *discurso de ingreso* como miembro de número a la ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES, no sin antes agradecer nuevamente a la ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES por haberme llamado a ser uno de los suyos, agradeciendo también la presencia de nuestra Presidenta Dra. VICTORIA ADATO GREEN y demás miembros del Consejo Directivo y a todos ustedes por haber asistido a este evento. Gracias también al académico Dr. RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ, por haber accedido a dar contestación a este *discurso de ingreso*.