

DISIMILITUD ENTRE EL ORIGEN DE LOS RECURSOS EN LA DEFRAUDACIÓN FISCAL Y EL LAVADO DE DINERO

Carlos Alberto Pérez Macías

I. INTRODUCCIÓN

Las normas y recomendaciones contra el Lavado de Dinero¹ persiguen prevenir o impedir que los bienes de origen ilícito sean introducidos en la economía formal, el Lavado de Dinero se refiere por tanto a bienes derivados directa o indirectamente de una actividad delictiva (punto trascendental dentro del desarrollo del presente artículo), ya que sobre dichos bienes con posterioridad se realizarán otros actos para conseguir un objetivo final, que es el dotar de apariencia legal a los bienes obtenidos mediante actividades ilícitas.

Cabe aclarar que el término bienes es referido como un concepto general casi en cualquier delito, no olvidando que para efectos de operaciones con recursos de procedencia ilícita en nuestro país, el objeto material del delito gira en torno a los *recursos, derechos y bienes*, tema que será desglosado en el apartado correspondiente; sin embargo, el término bienes es el más amplio y por tanto el usado para referir a los otros dos conceptos en este artículo.

La importancia de comprobar el origen de los recursos por parte del contribuyente ante cualquier ejercicio de facultades por parte de la autoridad competente, es el punto medular en la determinación del ejercicio de acciones de que puede ser sujeto y más aún, en la determinación de los delitos sobre los cuales pueda recaer la investigación correspondiente. Es por ello que el objetivo principal de este estudio es la puntualización de las diferencias existentes en el origen de los recursos en las figuras de Defraudación Fiscal y Lavado de Dinero.

¿Qué sucede cuando los contribuyentes que obtienen sus ingresos a través de actividades lícitas, realizan actos de evasión fiscal llámese economía de opción, planeación legítima o defraudación fiscal?. Esta cuestión es el punto central en la delimitación del origen de los recursos obtenidos por el propio contribuyente, así como de la presunción de bienes, derechos o recursos ilícitos que genera en la indagatoria de la conducta tipificada una seria dificultad en la determinación de los bienes que constituyen el objeto material del Lavado Dinero de aquellos que encuadran en la Defraudación Fiscal.

¹ Para efectos del presente artículo se utilizara de forma indistinta para referirse al lavado de dinero los términos operaciones con recursos de procedencia ilícita, blanqueo de capitales o lavado de activos.

Dentro de la relación contribuyente - hacienda pública, diversas pueden ser las conductas sancionadas, ya sea por la omisión del contribuyente de acatar el marco tributario, por un indebido uso de los vacíos legales, ante las lagunas que generan beneficios a los contribuyentes, o un estado represivo de la propia hacienda pública, y es justo entre estos puntos donde surge la presunción de conductas antijurídicas por parte de los contribuyentes.

Las referidas conductas antijurídicas que en los últimos años han tomado fuerza en su aplicación como binomio es la Defraudación Fiscal y el Lavado de Dinero, cuestión derivada de la modificación al artículo 108 del Código Fiscal de la Federación a partir del año 2013²; sin embargo, esta relación no es nueva ya que

²Artículo 108.- Comete el delito de defraudación fiscal quien con uso de engaños o aprovechamiento de errores, omita total o parcialmente el pago de alguna contribución u obtenga un beneficio indebido con perjuicio del fisco federal.

La omisión total o parcial de alguna contribución a que se refiere el párrafo anterior comprende, indistintamente, los pagos provisionales o definitivos o el impuesto del ejercicio en los términos de las disposiciones fiscales.

El delito de defraudación fiscal y el delito previsto en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, se podrán perseguir simultáneamente. Se presume cometido el delito de defraudación fiscal cuando existan ingresos o recursos que provengan de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

El delito de defraudación fiscal se sancionará con las penas siguientes:

I. Con prisión de tres meses a dos años, cuando el monto de lo defraudado no exceda de \$1,540,350.00.

II. Con prisión de dos años a cinco años cuando el monto de lo defraudado exceda de \$1,540,350.00 pero no de \$2,310,520.00.

III. Con prisión de tres años a nueve años cuando el monto de lo defraudado fuere mayor de \$2,310,520.00.

Cuando no se pueda determinar la cuantía de lo que se defraudó, la pena será de tres meses a seis años de prisión.

Si el monto de lo defraudado es restituido de manera inmediata en una sola exhibición, la pena aplicable podrá atenuarse hasta en un cincuenta por ciento.

El delito de defraudación fiscal y los previstos en el artículo 109 de este Código, serán calificados cuando se originen por:

a).- Usar documentos falsos.

b).- Omitir reiteradamente la expedición de comprobantes por las actividades que se realicen, siempre que las disposiciones fiscales establezcan la obligación de expedirlos. Se entiende que existe una conducta reiterada cuando durante un período de cinco años el contribuyente haya sido sancionado por esa conducta la segunda o posteriores veces.

c).- Manifestar datos falsos para obtener de la autoridad fiscal la devolución de contribuciones que no le correspondan.

d).- No llevar los sistemas o registros contables a que se esté obligado conforme a las disposiciones fiscales o asentar datos falsos en dichos sistemas o registros.

e) Omitir contribuciones retenidas, recaudadas o trasladadas.

f) Manifestar datos falsos para realizar la compensación de contribuciones que no le correspondan.

g) Utilizar datos falsos para acreditar o disminuir contribuciones.

h) Declarar pérdidas fiscales inexistentes.

Cuando los delitos sean calificados, la pena que corresponda se aumentará en una mitad.

No se formulará querrela si quien hubiere omitido el pago total o parcial de alguna contribución u obtenido el beneficio indebido conforme a este artículo, lo entera espontáneamente con sus recargos y actualización antes de que la autoridad fiscal descubra la omisión o el perjuicio, o medie requerimiento, orden de visita o

desde tiempo atrás el delito de Lavado de Dinero en México tuvo origen como primer marco regulatorio en el derogado artículo 115 Bis del Código Fiscal de la Federación vigente en 1989. Esta relación no ha sido exclusiva de nuestro país, ya que en todo el mundo la forma más viable de detección del Lavado de Dinero tiene como principal aliado a la Defraudación Fiscal, cuestión que ha sido expuesta en innumerables ocasiones por parte del Grupo de Acción Financiera Internacional.

II. EL ORIGEN DE LOS BIENES EN LA DEFRAUDACIÓN FISCAL

Cuando se habla del delito de Defraudación Fiscal o cualquiera de sus equiparables, estamos en presencia de un delito que contiene hipótesis distintas entre sí, por lo que para efectos del presente artículo, debemos considerar tres puntos torales de ese delito, los cuales nos permitirán conocer el origen de los recursos y la indagación que debe realizarse del delito correlacionado con el Lavado de Activos, cuestión central del presente texto.

Para mayor claridad, señalamos que el delito de Defraudación Fiscal, es una forma de fraude especializado, llevado a cabo por el contribuyente (sujeto activo del delito), en contra del Fisco Federal (sujeto pasivo del delito) generado en aras de un beneficio económico a favor de éste, mediante la omisión del pago de contribuciones, ya sea de forma parcial o total, o por la obtención de algún otro beneficio de carácter fiscal, como puede ser un estímulo fiscal, una exención, un subsidio, etc., al cual el contribuyente no tiene derecho, siempre mediante engaños o aprovechamiento de errores.

Para (Sainz de Bujanda , 1990), la defraudación fiscal es una modalidad de la infracción tributaria material, consciente de una infracción llevada a cabo por el contribuyente cualificado como una serie de circunstancias que produce como resultado la sustracción total o parcial de la contribución debida como el consiguiente perjuicio para la hacienda pública.³

Como se observa, el delito de Defraudación Fiscal tiene básicamente los elementos del fraude en el Derecho Penal, que son: el engaño, o el aprovechamiento del error y la obtención de una prestación ilícita. El artículo 108

qualquier otra gestión notificada por la misma, tendiente a la comprobación del cumplimiento de las disposiciones fiscales.

Para los fines de este artículo y del siguiente, se tomará en cuenta el monto de las contribuciones defraudadas en un mismo ejercicio fiscal, aun cuando se trate de contribuciones diferentes y de diversas acciones u omisiones. Lo anterior no será aplicable tratándose de pagos provisionales.

³Sainz de Bujanda , F. (1990). *Defraudación Tributaria*. México: Indetec.

del Código Fiscal de la Federación sanciona el delito de Defraudación Fiscal de acuerdo al monto.

Previas menciones, debemos realizar algunas puntualizaciones, como que la Defraudación Fiscal es en esencia, una forma de enriquecimiento ilícito para el contribuyente que se sustrae de sus obligaciones y obtiene mediante una actividad ilícita una renta injusta, lo cual genera un detrimento en el patrimonio del fisco.

Pues bien, de la conceptualización del delito de Defraudación Fiscal atraeremos el concepto brindado por (Tapia Tovar, 2006), el cual reza *la defraudación fiscal es el engaño o acto de mala fe y como conjugación del verbo, defraudar equivalente, a causar un daño patrimonial al fisco o tesoro del Estado; injusto a través de artificios, engaños, astucia, maquinación.*⁴

En este sentido, cabe resaltar que en nuestro sistema fiscal, es el propio contribuyente quien realiza la autodeterminación respecto de las cargas fiscales, por tal situación es el encargado conforme al Código Fiscal de la Federación de presentar ante la autoridad hacendaria las declaraciones y en su caso el consecuente pago de impuestos, por ello, para efectos de este delito, siempre la comisión del mismo estará a cargo de la persona física o en su caso del representante legal de la persona moral, en un primer plano.

En principio se conoce que comete el delito de Defraudación Fiscal quien omite el pago total o parcial de contribuciones, pero esta situación va más allá, veamos entonces el primer punto a considerar para la determinación del origen de los recursos sujetos a comprobación en la posible comisión de un delito, el cual no es otro que la **omisión total o parcial del pago de contribuciones**, partiendo de la idea de que para tal situación debemos ser sujetos obligados al pago de alguna contribución. Es de resaltar que la simple omisión en el pago de la contribución requiere de la realización de otras conductas para poder ser sujeta del delito de Defraudación Fiscal, ya que en términos del primer párrafo del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, se debe realizar mediante el *uso de engaños o aprovechamiento de errores*.

De lo anterior, resulta que no es punible el no pago de contribuciones, sino que debe encontrarse investida de una de las dos modalidades; por lo que la simple omisión en el pago no genera el delito, tal como se sustenta en el siguiente criterio jurisprudencial:

⁴Tapia Tovar, J. (2006). *La Evasión Fiscal*. México: Porrúa.

DEFRAUDACIÓN FISCAL. NO SE CONFIGURA EL ENGAÑO POR EL INCUMPLIMIENTO A UN CONVENIO DE PAGO EN PARCIALIDADES. El delito de defraudación fiscal previsto en el artículo 108 del Código Fiscal de la Federación requiere, entre otros elementos del tipo, el ánimo doloso por parte del sujeto activo, mismo que se exterioriza mediante "el uso de engaños o aprovechamiento de errores", elemento que no se configura por el solo hecho de que el quejoso omita el cumplimiento al convenio de pago a que voluntariamente se había comprometido, pues no puede considerarse que ese incumplimiento por sí sólo constituya un engaño, entendiéndose por éste, según lo define el Diccionario de la Lengua Española, Editorial Espasa, vigésima primera edición, Tomo I, como la "**Falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre**"; ya que tal actitud no implica una falta de verdad, sino sólo una omisión a dar cumplimiento voluntario a lo que se había obligado, sin que dicha omisión sea suficiente para tener por colmado el elemento de referencia, pues así lo ha determinado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 57, Segunda Parte, página 17, del rubro y texto siguientes: "**DEFRAUDACIÓN FISCAL NO CONFIGURADA.-La defraudación fiscal mediante engaño o aprovechamiento del error, implica el aprovechamiento del error de la autoridad o el engaño en el que se le hace caer, lo que no ocurre cuando se trata de actos de mera omisión.**"⁵ (Énfasis Propio)

Como podemos ver, el primer punto determina que el no ejercicio de una acción de pago por sí solo no conlleva una conducta delictiva para efectos de la Defraudación Fiscal, ya que debe ser cubierta por una actuación principalmente dolosa por parte del contribuyente de generar un perjuicio al Fisco Federal, lo cual puede determinar que la no entrega de la cuota del impuesto correspondiente al Fisco, podrá NO generar un delito si no se robustece con la conducta supramencionada.

El segundo punto a considerar es la **obtención de un beneficio indebido**, para esta tesitura debemos atraer la exposición realizada por (Ponce Rivera , 2000) el cual describe que la obtención del señalado beneficio es siempre en

⁵ Tesis XV.1o.24 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XIV, Octubre de 2001, p. 1108

perjuicio del Fisco Federal, sólo en estos casos:⁶ 1) cuando se obtiene una devolución indebida a la que no se tiene derecho; 2) cuando se obtiene una devolución en cantidad mayor de la que corresponda; 3) cuando se realizan acreditamientos en cantidad mayor de la que corresponda; 4) cuando se realiza una compensación indebida a la que no se tiene derecho; y 5) cuando se realiza una compensación en cantidad mayor de la que corresponda.

Ahora bien, respecto de este criterio son muchos los autores que se han manifestado respecto a la obtención del beneficio indebido, sin embargo desde nuestra perspectiva el análisis de (Michel Higuera, 2008) esclarece este punto, al referir:⁷

“... la omisión de pago y la obtención de beneficios acarrear un resultado de daño material, pero mientras la omisión de pago se refiere al incumplimiento de la obligación de pagar contribuciones, la obtención de beneficios deriva de otras fuentes, como beneficiarse de subsidios a los que no se tiene derecho, devoluciones de pago de impuestos, etc.; es decir, uno y otro tipo de resultado tiene una fuente distinta, o bien se refiere a contribuciones, o bien a otro tipo de beneficios; y en uno u otro caso existe daño material al fisco; en el primero el daño no quedó explícito en la descripción típica pero existe, puesto que no pagar contribuciones acarrea ineludiblemente ese daño; y en el segundo, el daño sí quedó plasmado en el tipo bajo la expresión “con perjuicio del fisco federal”.

El último de los puntos que permite vislumbrar el origen de los recursos dentro del delito de Defraudación Fiscal, es el **perjuicio al Fisco Federal** lo cual nos permite determinar que dicho delito es un delito de resultados, ya que la existencia del menoscabo en el Fisco Federal implica el detrimento recaudador por parte del Estado, como derivación de la conducta falaz, de un acto de disposición, de un daño y de un lucro patrimonial.

Como se observa, en el delito de Defraudación Fiscal, no importa el origen de los bienes en una primera idea, la esencia del propio delito estriba en la afectación que sufre el Fisco, esto es, en la falta de captación de las contribuciones que le son debidas o en el menoscabo ante la falsedad de las declaraciones que le son esgrimidas. Tan es cierto lo expuesto que dentro de las atenuantes estipuladas en nuestro marco legislativo se señala que ante cualquier pago espontáneo, previo al

⁶Ponce Rivera, A. (2000). *Nueva responsabilidad fiscal penal*. México: Ediciones Fiscales ISEF.

⁷ Michel Higuera, A. (2008). *Defraudación Fiscal*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

descubrimiento de la conducta antijurídica por parte de la autoridad hacendaria, no se formulará querrela, tal y como se establece en el penúltimo párrafo del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación:

No se formulará querrela si quien hubiere omitido el pago total o parcial de alguna contribución u obtenido el beneficio indebido conforme a este artículo, lo entera espontáneamente con sus recargos y actualización antes de que la autoridad fiscal descubra la omisión o el perjuicio, o medie requerimiento, orden de visita o cualquier otra gestión notificada por la misma, tendiente a la comprobación del cumplimiento de las disposiciones fiscales.

No obstante lo anterior, es importante señalar que dentro de la nueva mecánica de revisión por parte de la autoridad hacendaria se encuentra la carga impuesta a los contribuyentes respecto a la comprobación del origen de los bienes que ostentan, como en el caso del procedimiento de discrepancia fiscal efectuado a personas físicas, mediante el cual se debe señalar el origen de los recursos y acreditar el mismo,⁸ lo que muestra la importancia en el ámbito fiscal de acreditar el origen de los recursos con los cuales se adquieran determinados bienes.

A simple manera de mención, puesto que se requiere de un estudio independiente, no omitimos comentar que si bien el problema de la determinación de la procedencia de los recursos es un tema controvertido en la relación binomial, se debe encontrar el punto de enlace entre la Defraudación Fiscal y el Lavado de Dinero, específicamente en la regla concursal del delito, esto ya que la Hacienda Pública debe ser tratada desde las reglas aplicables al mismo como el sujeto pasivo, ya que en dicho concurso se debe acreditar que los delitos analizados y producidos por el sujeto activo (contribuyente) generen dos acciones para la subsistencia concursal del binomio delictivo.

Antes de continuar con el desarrollo del presente apartado, es necesario precisar que al señalar en la idea anterior al “concurso”, nos referimos

⁸ Notificado el oficio a que se refiere la fracción anterior, el contribuyente contará con un plazo de veinte días para informar por escrito a las autoridades fiscales, contados a partir del día siguiente a la fecha de notificación, el origen o fuente de procedencia de los recursos con que efectuó las erogaciones detectadas y ofrecerá, en su caso, las pruebas que estime idóneas para acreditar que los recursos no constituyen ingresos gravados en los términos del presente Título. Las autoridades fiscales podrán, por una sola vez, requerir información o documentación adicional al contribuyente, la que deberá proporcionar en el término previsto en el artículo 53, inciso c), del Código Fiscal de la Federación.

específicamente al concurso del delito, tradicionalmente clasificado en concurso real o ideal:⁹

- a) **CONCURSO REAL:** Se da cuando concurren varias acciones o hechos cada uno constitutivo de un delito autónomo, es decir, cada acción por separado constituye un delito.
- b) **CONCURSO IDEAL:** Cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos.

Por lo anterior, se debe actuar con un criterio restrictivo sobre el concurso de los delitos en estudio con el único fin de no identificar o agotar al delito principal, Defraudación Fiscal, confundiéndolo con la comisión de un nuevo delito, como ha señalado (Martín Queralt, 2014) que *“resulta preciso atender, la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico y, como no, a la intención del autor, a su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas. Para colmar al juicio de tipicidad no bastará, por tanto, con la constancia del tipo objetivo. Será indispensable acreditar la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud”*.¹⁰

Lo anterior, es así ya que conforme al texto legal del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación, es bastante con acreditar simplemente la presencia de una actividad delictiva de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto, la exclusión de otros posibles orígenes sin que sea necesaria la demostración plena de un acto delictivo específico generado de los bienes, ni de los concretos partícipes en el delito predicado.

Por lo que podemos determinar que la intención del legislador dentro del marco del artículo 108 del referido Código, fue dotar al delito de Defraudación Fiscal como un delito predicado al Lavado de Dinero conforme a lo estipulado en la nota interpretativa de la 3ra Recomendación del Grupo de Acción Financiera Internacional,¹¹ esto al ser estipulado como tal, de forma directa. Para mayor

⁹ Muñoz Conde , F., & García Aran, M. (2012). *Derecho Penal (Parte General)*. México: Tirant lo Blanch.

¹⁰ Martín Queralt, J. (2014). Defraudación Fiscal y Delito de Blanqueo de Capitales. En M. d. Públicas, *Intercambio de Información, Blanqueo de Capitales y Lucha contra el Fraude Fiscal* (pág. 27). Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales.

¹¹ Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves con la finalidad de incluir la gama más amplia de delitos determinantes. Los delitos determinantes se pueden describir mediante referencia a todos los delitos o a un umbral ligado ya sea a una categoría de delito grave o a la sanción de privación de la libertad aplicable al delito determinante (enfoque de umbral) o a una lista de delitos

claridad a continuación se transcribe lo señalado en el tercer párrafo del artículo multireferido, así como del último párrafo del artículo 400 Bis del Código Penal Federal para efectos de sustentar la unión entre las figuras delictivas.

*(Tercer párrafo del artículo 108 del Código Fiscal de la Federación)
“El delito de defraudación fiscal y el delito previsto en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, se podrán perseguir simultáneamente. Se presume cometido el delito de defraudación fiscal cuando existan ingresos o recursos que provengan de operaciones con recursos de procedencia ilícita”.*

*(Último Párrafo del artículo 400 Bis del Código Penal Federal)
“Cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de alguno de los delitos referidos en este Capítulo, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y denunciar los hechos que probablemente puedan constituir dichos ilícitos”.*

Una vez mostrada la relación existente entre ambos delitos y las facultades ostentadas, debemos atender a la determinación del presunto origen ilícito de los recursos que daría pauta a la indagatoria de ambos delitos, el ejemplo más claro se presenta en el proceso de Discrepancia Fiscal conforme a la Fracción II, Séptimo párrafo del artículo 91 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, en donde se requiere, para efectos de desvirtuar tal figura, la comprobación del origen o fuente de la procedencia de los recursos con los que realizó las erogaciones, tal y como se transcribe a continuación:

*“Notificado el oficio a que se refiere la fracción anterior, el contribuyente contará con un plazo de veinte días para informar por escrito a las autoridades fiscales, contados a partir del día siguiente a la fecha de notificación, **el origen o fuente de procedencia de los recursos con que efectuó las erogaciones detectadas y ofrecerá,***

determinantes o a una combinación de estos enfoques, Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación, *Las Recomendaciones del GAFI*, febrero 2012.

en su caso, las pruebas que estime idóneas para acreditar que los recursos no constituyen ingresos gravados en los términos del presente Título. Las autoridades fiscales podrán, por una sola vez, requerir información o documentación adicional al contribuyente, la que deberá proporcionar en el término previsto en el artículo 53, inciso c), del Código Fiscal de la Federación.”

Para el caso de que el contribuyente no pudiera comprobar el origen del recurso, la propia autoridad fiscal pudiera, con base a dichos indicios, ejercer las facultades conferidas dentro de los preceptos legales citados. Aunado a lo anterior, conforme a los criterios emitidos por el poder judicial, basta con los indicios fundados de dudosa procedencia tal y como se muestra en el que a continuación se atrae:

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.¹²*

Si bien se ha establecido que, la no comprobación del origen lícito de los recursos, bienes o derechos por parte del contribuyente (en este caso), pueden generar la indagación del Delito de Defraudación Fiscal y Lavado de Dinero, tema de estudio independiente, sería la actuación del Ministerio Público dentro de la investigación, específicamente sobre la carga de la prueba sustentada en indicios. Sin embargo, para efectos del inicio de averiguación previa bastara que la Secretaría de Hacienda Crédito Público tenga presunción de bienes, recursos o derechos, provenientes de origen ilícito.

¹² Tesis I.2o.P. J/13, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XII, Septiembre de 2000, p. 629

III. ORIGEN DE LOS RECURSOS EN EL LAVADO DE DINERO

La figura del Lavado de Dinero se ha convertido en un fenómeno que para cualquier persona es asociativo de una conducta delictiva, cuyos alcances trascienden las fronteras, relacionándolo al tráfico de drogas y la delincuencia organizada.

Pues bien, los efectos del Lavado de Dinero, dentro de cualquier sociedad, han sido determinados como dañinos sobre todo en el marco político, social y económico (este último tiene diversos detractores respecto de los beneficios indirectos), dicha situación genera un planteamiento medular en la determinación del origen de los recursos afectos a esta conducta delictiva que es ¿Qué busca el Lavado de Dinero?

La respuesta a la interrogante pareciera simple y podría concretarse a un único vocablo “dinero”, (Meter Lilley, 2003) quien señala *“la gran mayoría de los actos ilegales son realizados para alcanzar una cosa: dinero. Si el dinero es generado por un acto ilícito no tiene uso a menos que la causa que le dio origen a estos fondos pueda ser disfrazada o preferentemente borrada”*.¹³

El objeto material entendido como la persona o cosa sobre la que recae la conducta típica antijurídica, hablando específicamente del Delito de Lavado de Dinero son los *recursos, derechos o bienes* de cualquier naturaleza, siempre que se tenga el conocimiento de que proceden o representan el producto de un delito, en las líneas integrantes del presente texto, se ha utilizado el término bienes como la conjunción que acoge o integra a los otros conceptos independientemente de la conceptualización que a cada uno le es propia. Para efectos de este texto y coincidiendo con lo expuesto por (Ortíz Dorantes, 2011), que:

“... el ámbito del delito que se analiza debe circunscribirse al contenido económico del termino bienes. Es decir, que por bien se debe entender todo aquello evaluable económicamente – nos encontramos así ante un elemento descriptivo que puede ser comprendido sin necesidad de segundas valoraciones -, con independencia de su valor siempre que pueda ser incorporado a un derecho transmisible; es decir, ser objeto de derecho. Un bien sin contenido económico no es idóneo para formar parte del objeto material del delito que ocupa este estudio. Por esta razón, siempre y

¹³ Meter Lilley, D. (2003). *The Untold Truth about Global Money Laundering, International Crime and Terrorism*. Kogan Page Limited.

en todos los casos, el objeto material del delito recaerá en entes económicamente evaluables. Con ello se incluye a cualquier clase de bien, beneficio o ventaja económica que, como tal, debe tener algún valor o utilidad, y ser susceptible de apropiación y transmisible. Los bienes abarcan tanto los muebles como los inmuebles, los materiales como los inmateriales, derechos o valores así como los créditos. Lo común al objeto de la acción es su connotación patrimonial y económica. La razón por la que quedan fuera de un caso de operaciones – blanqueo los objetos materiales es que no tengan valor económico en el mercado es que no es posible que los verbos típicos sean aplicados sobre un objeto ajeno al comercio.”¹⁴

En todo caso siempre que se hable de Lavado de Dinero es requisito fundamental que el dinero tenga un origen ilícito ya que es el principal requisito para la configuración del delito, el siguiente criterio judicial nos permite sustentar lo dicho:¹⁵

ENCUBRIMIENTO POR RECEPCIÓN Y POR FAVORECIMIENTO, Y OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA. SON DELITOS DIVERSOS Y NO UNO MISMO QUE DIFIERA SÓLO EN GRADO.... mientras que en el diverso delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita el ánimo del activo consiste en ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de recursos, esto es, se disfraza el origen ilícito de los fondos, convirtiendo los recursos provenientes de actividades ilegales en fuentes legales (lavado de dinero), a través de instituciones financieras...

Postura similar a la establecida en el criterio transcrito, la encontramos en la doctrina a través de lo resaltado por (Blanco Cordero, 2012)¹⁶ de quien a manera de síntesis referiremos su postura respecto de la importancia de distinguir el *blanqueo de dinero* del *blanqueo de capitales* (lavado de dinero), señalando que la distinción entre el dinero negro, originado en actividades comerciales legales, pero

¹⁴ Ortíz Dorantes, A. (2011). *El delito de Lavado de Dinero*. México: Porrúa.

¹⁵ Tesis I.9o.P.67 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, T. XXVI, Noviembre de 2007, p. 736.

¹⁶ Blanco Cordero, I. (2012). *El Blanqueo de Capitales*. Madrid, España: Thomson Reuters Aranzadi.

con el fin de evadir obligaciones fiscales, y dinero sucio, surgido de actividades delictivas, va a ser de utilidad para explicar la postura en la cual el *blanqueo de dinero*, en sentido amplio, abarca tanto el originado en actividades legales como ilegales, mientras que el *blanqueo de capitales*, en sentido estricto, se limita a los bienes obtenidos exclusivamente de actividades delictivas.

Ahora bien, para explicar la importancia en la determinación del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, se debe recurrir al análisis de los elementos contenidos en la propia definición del Lavado de Dinero¹⁷ aun en el caso de la más usada en el ámbito doctrinal, ya que la conceptualización propia de dicha figura, permite entender el objetivo de dotar a los bienes de procedencia ilícita de una legitimidad que permita su ingreso a la economía, tal y como se desarrolla a continuación:

- a) El Lavado de Dinero se encuentra supeditado a un proceso, es decir, la investidura de legal de determinados bienes no generan de forma espontánea la legalidad, se requiere de etapas progresivas que produzcan el esperado cambio a la legalidad para el posterior disfrute de los bienes.
- b) Conllevan un ocultamiento, no del bien sino de la verdad bajo la cual fue adquirido u obtenido el mismo. Cabe señalar que existen diversos criterios doctrinales que debaten respecto de cuál es el punto de ocultamiento.
- c) La apariencia de ser un bien legítimo, el cual es el punto medular o finalidad del Lavado de Dinero, ya que es el proceso final, cuestión que permitirá a sus titulares la utilización de los bienes en los procesos comerciales dotados de legalidad y más aún la justificación de tenencia de los mismos.

Conforme al criterio general, el último inciso expuesto es dentro de cualquier definición del Lavado de Dinero, el punto substancial a lograr ya que en todos los casos el lavador de dinero busca contar con bienes, recursos o flujo de efectivo legítimos para su aprovechamiento dentro de un marco económico, este punto permite determinar que la ocultación por sí sola no funciona para el lavador de dinero, ya que el ocultamiento de los recursos no permite una disposición de los mismos, punto substancial en la diferenciación de las conductas en la Defraudación Fiscal.

¹⁷ Tomando como concepto de lavado de dinero el siguiente “las actuaciones que tienen como finalidad la incorporación al tráfico económico legal de bienes que proceden de conductas constitutivas de delito, determinando una apariencia de legalidad que permita el uso y disfrute de los mismos Gálvez Bravo, R. (2014). *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*. Barcelona: Bosch.

A efecto de ejemplificar el tratamiento del origen de los fondos y su operación, a continuación se hace un comparativo con el Financiamiento al Terrorismo, con la intención de distinguir el camino recorrido por el Lavado de Dinero, a diferencia de otra conducta delictiva:¹⁸

	Blanqueo de Capitales	Financiamiento al Terrorismo
Origen de los Fondos	Ilegal	No necesariamente ilegal
Destino de los Fondos	Legal	Ilegal
Motivación	Ganancia	Ideología
Conducta	Sistema Financiero	Efectivo y sistemas alternativos de remesas
Importes	Grandes Sumas	Pequeñas Sumas
Foco de Detección	Transacciones Sospechosas	Relaciones Sospechosas
Actividad Financiera	Red compleja	Sin un perfil definido
Rastro del Dinero	Circular (termina en el sujeto que inició)	Lineal (del financiador al terrorista)

Punto inconfundible en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, es la existencia de un nexo entre el delito de Lavado de Dinero y una actividad delictiva previa (basta con indicios de esta última), pero en todo caso debe existir dicha conexión. De forma más puntual, señalaremos que por parte de la autoridad, es suficiente con acreditar la existencia de un antecedente de conducta delictiva de forma general, la cual permita dentro de la situación concreta, la inclusión o exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesario, ni la demostración plena de un acto delictivo específico generador de los bienes, así como de los partícipes en los delitos involucrados.

IV. DISIMILITUD DEL ORIGEN EN LOS DELITOS

La diferenciación del origen de los recursos aplicables a los delitos analizados, ha sido un punto de gran estudio dentro del derecho comparado y, pareciera que en nuestro país se ha entendido la importancia de dicha relación, es decir, la

¹⁸ Pena Beiroa, J. (2012). *Manual de Prevención del blanqueo de capitales para profesionales (abogados, auditores y economistas)*. Santiago de Compostela : Andavira Editores.

interacción del delito fiscal con el Lavado de Dinero y la importancia de acreditar que los bienes operativos o patrimoniales de las personas físicas o morales tienen un origen lícito. Recientemente los Tribunales Colegiados de la nación han tenido a bien emitir una tesis aislada en la cual han reconocido el rebase que ha sufrido nuestro marco legal en la regulación del Lavado de Dinero, y consideramos que será punto esencial en el estudio y evolución por parte de todos los órganos de gobierno inmersos en la lucha contra esta figura.

Sin embargo, cabe aclarar que la modificación ideológica debe generar una mayor apertura de la misma en cuanto a la visión, que por lo menos en el derecho comparado ha sido ya expuesta.

Por lo que hace a la relación de análisis del presente texto, el criterio que se transcribirá a continuación, determina cómo la existencia del Lavado de Dinero depende en gran medida de la comprobación de los bienes a través de la legalidad, se puede discutir ampliamente si es, para efectos del caso, obligación del contribuyente o de la propia autoridad indagadora, la obligación demostrativa del origen de los recursos, pero consideramos tomar como punto central la importancia únicamente del origen de los recursos, tal y como establece el criterio de referencia:

OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA. PARA ACREDITAR EL CUERPO DE ESTE DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 400 BIS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, BASTA CON QUE NO SE DEMUESTRE LA LEGAL PROCEDENCIA DE ÉSTOS Y EXISTAN INDICIOS FUNDADOS DE SU DUDOSA PROCEDENCIA. De la evolución histórica del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, y los compromisos contraídos por los Estados Unidos Mexicanos en diversas reuniones internacionales, entre ellas, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988), la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) y el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), la tutela a los bienes jurídicos protegidos ha sido ampliada, porque aun cuando el nacimiento formal de la figura típica tuvo como detonante el narcotráfico y la delincuencia organizada; sin embargo, **el desarrollo de las conductas criminales ha rebasado el pensamiento del legislador al momento de su creación; de ahí que en la actualidad, entre otros, comprenda la salud pública, la vida, la integridad física, el**

patrimonio, la seguridad de la Nación, la estabilidad y el sano desarrollo de la economía nacional, la libre competencia, la hacienda pública, la administración de justicia y la preservación de los derechos humanos. Por tanto, para acreditar el cuerpo del delito de referencia, no es imprescindible probar la existencia de un tipo penal diverso o que los recursos provengan del narcotráfico o de la delincuencia organizada, sino que basta con que no se demuestre la legal procedencia de los bienes y existan indicios fundados de su dudosa procedencia para colegir la ilicitud de su origen.¹⁹

En el presente, conforme al marco regulatorio del artículo 400 Bis del Código Penal Federal,²⁰ la mera posesión de un bien que tuviera origen ilícito, podría o más bien, debería ser sujeto de investigación por el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita y conforme a la primera idea del artículo 400 Bis del Código Penal Federal, también tendrían cabida en él, las conductas de “autoblanqueo”, es por ello que inicialmente cabría afirmar que, el contribuyente, sujeto a investigación por delito fiscal, podría incurrir en el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, al mantener en su patrimonio la contribución defraudada.

¹⁹ Tesis I.9o.P.112 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Mayo de 2016, r. 2011634.

²⁰ Artículo 400 Bis. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que, por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas:

I. Adquiera, enajene, administre, custodie, posea, cambie, convierta, deposite, retire, dé o reciba por cualquier motivo, invierta, traspase, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, o

II. Oculte, encubra o pretenda ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o titularidad de recursos, derechos o bienes, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita.

Para efectos de este Capítulo, se entenderá 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.

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

Cuando la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de sus facultades de fiscalización, encuentre elementos que permitan presumir la comisión de alguno de los delitos referidos en este Capítulo, deberá ejercer respecto de los mismos las facultades de comprobación que le confieren las leyes y denunciar los hechos que probablemente puedan constituir dichos ilícitos.

En esta primera idea cabe destacar que conforme al marco legal aplicable, no es necesaria la existencia de sentencia condenatoria previa por Delito Fiscal, para que dé inicio a la investigación del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Sin embargo, el binomio Defraudación Fiscal – Lavado de Dinero , puede provenir de diversas fuentes, pero en una conducta idónea puede provocar el rechazo a un elemento de la conducta delictiva, como lo es el objeto material del delito de Lavado de Dinero, ya que en esencia no es un bien que tenga su origen en una actividad delictiva, como exige el propio artículo 400 Bis del Código Penal Federal, pudiendo los rendimientos del trabajo o capital por el simple hecho de no ser declarados o evadidos del pago de impuestos, ya que para que ostenten determinada característica deben estar investidos de conductas adicionales tales como el uso de engaños o aprovechamiento de errores entre otras descritas en el Código Fiscal de la Federación, lo anterior, ya que la contribución defraudada no pierde su origen, es decir, la conducta típica antijurídica fiscal no genera un cambio en la sustancia del origen del recurso y mientras tal situación no acontezca no puede ser objeto de sentencia por operaciones con recursos de procedencia ilícita, esto sin limitar que es menester de la autoridad llevar a cabo la investigación ante la simple presunción de bienes, derechos o recursos provenientes de origen ilícito.

El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita cometido por el propio autor del delito fiscal sólo será posible cuando con él se pretenda engañar, beneficiarse, ocultar o encubrir, entre otras conductas, el origen delictivo del dinero, tal y como reza el primer párrafo del supramencionado artículo 400 Bis del Código Penal Federal “*cuando tenga conocimiento*”.

La cuestión en el punto expuesto es, cuál será el criterio que el Poder Judicial asumirá respecto a sí la Defraudación Fiscal generada relativa al Lavado de Dinero versará respecto de lo no declarado o sólo al monto de la contribución no enterada.

Situación distinta es la que se presenta por ejemplo en la Fracción II del artículo 109 del Código Fiscal de la Federación,²¹ tratándose de omisión del *entero de retenciones*, o en el supuesto del inciso “c” del séptimo párrafo del artículo 108 del mencionado marco legal, tratándose de *devolución de contribuciones indebidas*, en estos ejemplos, nos encontramos ante bienes de origen delictivo, que no estaban antes del delito fiscal, en la disponibilidad del contribuyente defraudador, lo cuales dan como resultado la posibilidad de ser sujetos de Lavado

²¹ Omite enterar a las autoridades fiscales, dentro del plazo que la ley establezca, las cantidades que por concepto de contribuciones hubiere retenido o recaudado.

de Dinero siempre de forma posterior a la obtención de forma ilícita, ya sea mediante el no entero (en el primer supuesto) o la maquinación de actos tendientes a obtener un beneficio indebido (en el segundo supuesto).

A efecto de tomar una postura, expresaremos que en nuestra concepción no pueden desde un sentido amplio y bajo una tesis normal de la práctica comercial o de prestación de servicios debida, empalmarse el delito de Defraudación Fiscal y el de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita realizado por el propio contribuyente, y menos aún puede considerarse que el Lavado de Dinero consiste en la simple posesión de la contribución evadida, sin convergir los elementos descriptivos del delito fiscal que genera la antijuridicidad de la conducta. Lo anterior, ya que ateniéndose al concepto de Lavado de Dinero exige la existencia de un bien que efectivamente tenga un origen ilícito, el cual en la relación Fisco vs contribuyente puede ocurrir en los supuestos de ventas no declaradas, emisión de facturas falsas, simulación de actos jurídicos, deducciones falsas, devoluciones obtenidas de forma ilegal etc., pero en muchos casos el delito fiscal no genera la modificación en el origen lícito de los ingresos del contribuyente y por ende no se cumple con el requisito de operación con recurso de procedencia ilícita.

Retomando el tema del “autoblanqueo”, dentro del marco internacional existen diversos criterios que establecen la posibilidad que concurren el delito de Defraudación Fiscal y el de Lavado de Dinero; sin embargo, determinan en la mayoría de los casos que no es posible condenar a una persona por ambos delitos cuando ella es quien, a la vez realiza alguna de las acciones enunciadas en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, que corresponde a la contribución que se omitió declarar a la Hacienda Pública, la explicación vertida por (Bacigalupo, 2012) señala:²²

“... en este caso no se da un concurso de delitos sino un concurso aparente de normas y es de aplicación... dado que las acciones... constituyen actos de aseguramiento, utilización y aprovechamiento absorbido por el delito fiscal. Esto actos han sido considerados por la doctrina europea ... especialmente, por el tribunal Supremo como actos posteriores copenados que no generan una responsabilidad penal adicional independientemente de la del delito previo, aunque formalmente pueden coincidir con la descripción de la conducta constitutiva del delito contenido en la ley; en este caso el blanqueo de dinero...”

²² Bacigalupo, E. (2012). *Sobre el concurso de Delito Fiscal y Blanqueo de Dinero*. Pamplona: Civitas.

Un punto es indudable, la relación en el origen de los recursos en la Defraudación Fiscal y el Lavado de Dinero parecen antagónicos ya que por una parte la principal forma de obtención de ingresos en la Defraudación Fiscal proviene de la realización de una práctica comercial, empresarial o de servicios, en la cual se pretende realizar de una forma ilegal la disminución de la carga contributiva contra la postura del Lavado de Dinero; la cual proviene de los ilícitos y tiene la finalidad de convertirse en lícito, es más, tal es la intención de generar la licitud en este último caso, que se ha dicho que los grandes lavadores de dinero como narcotraficantes o crimen organizado en aras de generar la legalidad de los recursos hacen enteros del 100% de la carga tributaria.

Como cierre del presente apartado y uniendo ideas establecidas, podemos esbozar que el delito de Defraudación Fiscal, como actividad ilícita, puede constituirse como un delito previo al Lavado de Dinero, ya sea por la presunción que genera o la certeza que otorga respecto del origen ilícito de los recursos, pero en todo caso la conducta realizada por parte del contribuyente debe encontrarse investida de todos los elementos establecidos en los artículos 108 o 109 del Código Fiscal de la Federación para ser determinado como Defraudación Fiscal o equiparable a este, lo cual generaría un apoyo en la investigación del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita expuesto en el artículo 400 Bis del Código Penal Federal, más no siendo necesaria la sentencia condenatoria del delito precedente, ya que como se ha expuesto, en todo caso el objeto material en el Lavado de Dinero llámese recurso, bien o derecho, debe ser proveniente de una actividad ilícita, mediante la comprobación de la real naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, derechos sobre bienes o la propiedad de origen que se encuadren dentro de las conductas establecidas en el Código Penal Federal ya que conforme al marco legal nacional, puede ser sujeta al delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, cualquier actividad delictiva previa.

Finalmente, el presente artículo, es sólo un ejemplo de varios temas en la relación de Lavado de Dinero y Defraudación Fiscal, el cual será sujeto de discusión entre juristas, contadores y tribunales, ya que la determinación respecto a la convergencia entre los delitos analizados, versará en puntos como la fuente de obtención de los ingresos, los cuales pueden ser o no ilícitos, dependiendo de la intención del contribuyente y los actos realizados por éste, para la disminución de su obligación contributiva, basada en actos legales simulados, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, E. (2012). *Sobre el concurso de Delito Fiscal y Blanqueo de Dinero*. Pamplona: Civitas.
- Blanco Cordero, I. (2012). *El Blanqueo de Capitales*. Madrid, España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Gálvez Bravo , R. (2014). *Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales*. Barcelona: Bosch.
- Martín Queralt, J. (2014). Defraudación Fiscal y Delito de Blanqueo de Capitales. En M. d. Públicas, *Intercambio de Información, Blanqueo de Capitales y Lucha contra el Fraude Fiscal* (pág. 27). Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales.
- Meter Lilley, D. (2003). *The Untold Truth about Global Money Launderin, International Crime and Terrorism*. Kogan Page Limited.
- Michel Higuera, A. (2008). *Defraudación Fiscal*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Muñoz Conde , F., & García Aran, M. (2012). *Derecho Penal (Parte General)*. México: Tirant lo Blanch.
- Ortíz Dorantes, A. (2011). *El delito de Lavado de Dinero*. México: Porrúa.
- Pena Beiroa, J. (2012). *Manual de Prevención del blanqueo de capitales para profesionales (abogados, auditores y economistas)*. Santiago de Compostela : Andavira Editores .
- Ponce Rivera , A. (2000). *Nueva responsabilidad fiscal penal* . México: Ediciones Fiscales ISEF.
- Sainz de Bujanda , F. (1990). *Defraudación Tributaria*. México: Indetec.
- Tapia Tovar, J. (2006). *La Evasión Fiscal*. México: Porrúa.