

20



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**PROPUESTA DE REGULACION DEL ARTICULO
115 BIS DEL CODIGO FISCAL DE LA
FEDERACION**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
FERNANDO DEL CASTILLO ELORZA

México, D. F.

1993

**TESIS CON
FALTA DE ORFEN**



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

PROPUESTA DE REGULACION DEL ARTICULO 115 BIS DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION.

INTEGRACION DEL DELITO

1.1 Conducta	6
1.1.1 El Sujeto de la Conducta	8
1.1.2 Sujeto Pasivo	9
1.1.3 Objeto del Delito	10
1.2 Ausencia de Conducta	10
1.3 Tipicidad	11
1.3.1 Clasificación de los Tipos	12
1.4 Antipicidad	15
1.5 Antijuricidad	17
1.6 Causas de Justificación	17
1.7 Imputabilidad	19
1.8 Inimputabilidad	20
1.9 La Culpabilidad	21
1.10 La inculpabilidad	23
1.11 La punibilidad	24
1.12 Excusas Absolutorias	25
Notas	28

CAPITULO II

OPERACIONES FINANCIERAS

2.1 La Banca Múltiple	33
2.2 La Banca de Desarrollo	38
2.3 Las Agrupaciones Financieras	38
2.4 Las Organizaciones Auxiliares	39
2.4.1 Los Almacenes Generales de Depósito	40
2.4.2 Arrendadoras Financieras	41
2.4.3 El Factoraje Financiero	44
2.5 Las Instituciones de Seguros	46
2.6 Las Casas de Bolsa	49
2.7 Las Casas de Cambio	52
2.8 El Secreto Bancario	54
2.9 La Compraventa	57
2.10 Importaciones y Exportaciones	58
2.11 Contrabando de Dinero	59
2.12 Transferencias de Dinero	60
2.13 Medidas Regulatorias	62
2.14 Medidas existentes en México	62
2.15 Principales Medidas en Estados Unidos	63

CAPITULO III

3.1 El Narcotráfico	76
3.2 La prevención de la Farmacodependencia	80
3.3 La Comisión Interamericana Para el Control de Abuso de drogas	86

CONCLUSIONES

94

IPROPUESTA DE REGULACION DEL ARTICULO 115 BIS DEL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION

En la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se consagra la facultad del Congreso de la Unión para "Definir los delitos y las faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse". Existen diferentes nombres asignados a los ilícitos cometidos en contra de la Administración Pública, tales como infracción, falta, transgresión, torto, etc; en la legislación fiscal mexicana se ha aceptado el nombre de infracción aunque la Constitución la llama falta; es importante señalar que se hace una distinción entre delito y falta (infracción) pues tienen un tratamiento jurídico distinto.

Es imposible hacer una distinción intrínseca entre infracción y delito ya que ambos tienen características de ilícito, de injusto y se separan únicamente porque al ilícito penal le corresponde una sanción represiva o aflictiva, mientras que a la infracción le corresponde una sanción de carácter económico; es decir, la diferencia estriba en la sanción y no en el acto en sí y ésta diferencia es producto de una política legislativa ya que el legislador tiene la facultad de señalar "los castigos que deban imponerse"; por lo que un delito puede quedar suprimido como tal y considerarse en lo sucesivo como infracción o viceversa, bastando solamente el acto legislativo correspondiente.

Esta decisión de considerar una conducta típica como delito y proveerla de una pena para corregirla o considerarla como un simple incumplimiento y castigarla con la ejecución coactiva o indemnización, condicionará el órgano de Autoridad al que se le asignará la jurisdicción respectiva y el procedimiento para juzgarla; "Para los delitos fiscales la pena será privativa de libertad, la jurisdicción corresponderá a un órgano jurisdiccional y deberá tramitarse un proceso; en cambio para las infracciones la pena será económica, la jurisdicción corresponderá a la Administración fiscal y el procedimiento será administrativo".(1)

Sin embargo existen doctrinas que afirman que existen diferencias sustanciales entre delito e infracción, sostienen esta teoría autores como Carmignani, Carnevale, Carrara y Massari entre otros y argumentan que los delitos ofenden principios morales y las infracciones no tienen significación moral, también existe la teoría de que el delito daña los bienes jurídicos que la ley protege y las infracciones solo son capaces de producir las condiciones favorables para que se presente el daño y la que sostiene la diferencia en el elemento subjetivo diciendo que éste no tiene relevancia en la infracción y no así en el delito donde se debe investigar si hubo dolo o culpa.

Contra éstas teorías se ha contestado principalmente que paralelamente a los delitos de daño, existen también los delitos formales o de peligro, es decir, no hay necesidad de que se produzca el daño para existir como tales, tampoco es válido decir que los delitos ataquen a la moral o derecho natural pues existen varios de ellos que lo son por causas de utilidad pública o convivencia social y que tienen el carácter de penal porque, como ya se ha dicho, esa es la decisión del legislador.

Aquellas hipótesis, mandamientos y sanciones; estructura común a toda norma jurídica, y que tienen naturaleza financiera y tributaria se les ha llamado Derecho Financiero y dentro de éstas, las que tienen contemplada, en virtud de su incumplimiento, una sanción represiva o aflictiva se le denomina Derecho Penal Financiero y para circunscribir la situación de éste conjunto de normas dentro del sistema general de Derecho, habrá que mencionar las escuelas que hablan al respecto:

1.- Especialización del Derecho Penal: Esta doctrina dice que en virtud de la evolución del Derecho Penal y la complicación de la vida económica, éste se ha tenido que ir dividiendo en varios sectores, que se independizan del tronco común; así pues se ha proclamado la existencia del Derecho Penal Administrativo definido por Jiménez de Asúa como: "El conjunto de normas jurídicas que garantizan bajo la amenaza de una pena dirigida contra los particulares, el cumplimiento de un deber particular con respecto a la Administración." (2)

A su vez dentro del Derecho Penal Administrativo se comprenden los ilícitos cometidos en contra del patrimonio del Estado, incluyendo las transgresiones a las normas que integran el Derecho Financiero en sus tres aspectos; denominándosele Derecho Penal Financiero y por último dentro del Derecho penal Financiero se localiza todavía una rama más reducida conocida con el nombre de Derecho Fiscal Penal definido por Lomelí Cerezo como: "Conjunto de disposiciones que vinculan una sanción o pena determinada al incumplimiento de las normas que garantizan los intereses fiscales de la Administración, esto es, de las normas que establecen deberes para con el Fisco." (3)

2.- Doctrina que sostiene la autonomía del Derecho Penal Administrativo y del Derecho Penal Fiscal: No hay autor que haya proclamado totalmente dicha autonomía, sin embargo, ésta se sostiene principalmente en las áreas de la anti-juridicidad, causas de justificación y de culpabilidad porque en el Derecho Penal Administrativo no hay diferencias entre dolo y culpa.

Eugenio Gómez de Argentina afirma que las sanciones impuestas por el Derecho Penal Administrativo son impuestas "sin considerar las condiciones personales del infractor." (4)

Contra ésta corriente se ha dicho que los preceptos del Derecho Penal Administrativo son de idéntica estructura a los del Derecho Penal Común y que no existe diferencia ontológica entre delito y

falta y que solo el Derecho Positivo puede determinar si un hecho corresponde al Derecho Penal Judicial o al Derecho Penal Administrativo.

3.- Doctrina que sostiene que el Derecho Penal Fiscal es un sector del Derecho Penal Común: Esta doctrina sostiene que las normas de Derecho Penal Fiscal están sujetas a los principios generales del Derecho Penal Común, entre otros se encuentran Adolfo Merkl, Fritz Fleiner, Luis Jiménez de Asúa, Manuel Rivera Silva, Margarita Lomelí Cerezo y Miguel Angel García Domínguez.

Margarita Lomelí Cerezo escribe que "El Derecho Penal Administrativo y su rama el Derecho Penal Fiscal, no tienen una materia o campo de aplicación propios determinados inequívocamente, pues no existe diferencia social cualitativa entre los delitos y las contravenciones... Tampoco tienen un cuerpo de principios exclusivos, sino que necesitan recurrir para todo lo no previsto expresamente en las leyes respectivas a los principios de Derecho Penal General."(5)

En México en los Códigos Fiscales de 1981 y 1967 en sus artículos 100 y 45, respectivamente, ésta cuestión fue resuelta legislativamente pues se establecía la aplicación supletoria de las reglas del Código Penal para todo lo no previsto en el Código Fiscal de la Federación; en la actualidad en los artículos 100 y 101 del

citado Código Fiscal, se establece la aplicación supletoria del Código Penal Federal para los casos de prescripción penal y condena condicional; asimismo el 16 de mayo de 1938 el tribunal fiscal de la federación sentó la tesis jurisprudencial que dice que es aplicable a las penas administrativas la doctrina general del Derecho Penal, lo que equivalía a desconocer la autonomía del Derecho Penal Financiero, siguiendo dicha tesis la teoría sostenida por Merkl y Fleiner.

Por su parte el maestro Miguel Angel García Domínguez, establece que las normas del Derecho Penal Financiero son indudablemente de naturaleza penal ya que su finalidad es imponer una pena a todo sujeto que lleve a cabo una conducta típica, antijurídica y culpable, estructura de los delitos ordinarios.

A ésta teoría nos adherimos, por considerar que efectivamente las normas de Derecho Penal Fiscal a pesar de tener características especiales, pertenecen al derecho penal común, pues aunque protejan bienes del Erario Federal no se puede negar que estas normas vayan encaminadas indirectamente al bienestar social, uno de los fines del Derecho en general y ubicar éstas normas dentro del Derecho Penal Administrativo obedece a que la naturaleza y tipicidad de las mismas son de carácter financiero y requieren de un tratamiento especializado en la materia, pero reiteramos sin olvidarse de los principios generales del Derecho Penal tales como *nulla poena sine lege*, *nulla crimen sine lege*, es importante hacer éste breve estudio acerca del Derecho Penal Fiscal pues el delito que nos proponemos estudiar se encuentra actualmente tipificado en el capítulo correspondiente de los delitos fiscales en el Código Fiscal de la Federación, por lo que es necesario conocer que rama del Derecho se encarga de estudiar el delito de "lavado de dinero".

A primera vista podría pensarse que el Derecho Penal Administrativo y el Derecho Penal Fiscal son las disciplinas encargadas de estudiar y fijar los principios normadores de éste delito, ya sea considerando a éstas disciplinas como ramas especializadas del Derecho Penal Común o bien proclamando su autonomía, principalmente didáctica y legislativa. Es sabido que todo delito protege un bien tutelado por el Estado por considerarlo importante, por asignarle un valor, de ahí que hay delitos contra las personas, su patrimonio, su libertad, etc; pues bien, la

característica del Derecho Penal Fiscal es la protección del fisco federal, protección de los ingresos del Estado, todo delito fiscal atenta contra el patrimonio Estatal tanto permanente como transitorio y de aquí su característica especial; tomando en consideración lo anterior se presenta la duda de si el "lavado de dinero", sobre todo como actualmente se encuentra tipificado, atenta contra éstos ingresos o patrimonio del Estado y si solo el Derecho Penal Fiscal se debe encargar de regularlo y estudiarlo o será necesario tal vez establecer un mecanismo interdisciplinario para su normatividad.

En las I jornadas Luso-Hispano-Americanas de estudios financieros y fiscales, celebradas en Portugal en 1967, se estableció:

"Son infracciones tributarias todas las modalidades de comportamiento de los sujetos pasivos del tributo que determinen por acción u omisión una transgresión de las normas jurídicas que derivan de obligaciones sustantivas de realización de prestaciones tributarias o deberes formales de colaboración con la Administración Financiera para dar efectividad a los créditos fiscales."(6)

La anterior definición tiene elementos muy importantes tales como:

a) Se trata de sujetos pasivos de tributos, es decir, están en posibilidad de cometer una infracción tributaria aquellas personas físicas o colectivas que tengan la obligación de pagar una contribución en virtud de haberse colocado en la situación jurídica prevista por la misma ley.

b) Que se transgredan por acción o por omisión, normas jurídicas que deriven de obligaciones sustantivas, es decir, obligación a un pago o deberes formales que pueden ser de hacer o no hacer, en colaboración con la Administración financiera.

c) Que dichas modalidades sean consideradas como infracciones por la misma ley.

Haciendo un examen del texto del artículo 115 bis del C.F.F; se puede deducir que el propósito de "lavar dinero" es esconder las utilidades, o los rastros que éstas dejan, y que provienen de cualquier actividad ilícita, por lo que el propósito del sujeto que comete éste delito es borrar todo rastro de la actividad que le generó una ganancia y que no siempre proviene de actividades en contra del patrimonio Estatal, pues se trata de cualquier actividad ilícita, surge entonces la pregunta si el delito atenta contra bienes patrimoniales del Estado u otros valores carentes de naturaleza pecuniaria como la propia estabilidad social, no se

debe olvidar que en la actualidad los principales lavadores de dinero son los narcotraficantes y muy probablemente la causa directa de aparición del presente delito, como se tratará en el capítulo correspondiente.

Cabe hacer mención de que si se toma como válida la definición de Infracción Fiscal antes citada, surgen nuevas discrepancias en cuanto al delito en cuestión, porque entonces solo podrían cometer el presente delito personas obligadas al pago de una contribución, cosa que sería contradictoria con los principios generales del derecho, pues no se podría pensar de ninguna manera que el Estado gravara alguna actividad ilícita, si se está obligado al pago de tributo es por virtud de una ley, en la cual no se puede contemplar una actividad ilícita. Para el Derecho Civil cualquier obligación concebida ilícitamente es inexistente, para el Derecho Penal sería causa de una pena inclusiva privativa de libertad además de buscarse la reparación del daño, por lo que el Estado no puede gravar una actividad ilícita pues sería tanto como reconocerle a la misma una validez, que no tiene, por lo tanto el presente delito no lo cometen sujetos obligados al tributo; en el texto del artículo 115 bis se menciona que las operaciones con bienes provenientes de actividad ilícita deben de tener el propósito, entre otros, de evadir al fisco y al fisco no se le puede evadir si no hay una obligación previa de

pagar un impuesto y esta obligación de pagar debe estar en una ley la cual por ningún motivo puede gravar una actividad ilícita, surgiendo así una nueva incógnita, si éste delito debiera estar tipificado como un delito fiscal. En tratándose de obligaciones formales para con la Administración Financiera pudiera pensarse que aquí si existe un contacto con la definición de infracción fiscal pues en estas obligaciones de hacer o no hacer, podría englobarse el hecho de no participar o facilitar la multicitada actividad o reportar cualquier indicio de la misma, pero sin la necesidad de que el aviso sea dado por un sujeto pasivo de contribución.

Tampoco puede pensarse que dicho delito debiera salirse de los terrenos del Derecho Penal Administrativo, puesto que estas operaciones con dinero "sucio", son primordialmente financieras, lo que afirma la propuesta de un mecanismo interdisciplinario, el cual nos proponemos exponer en el desarrollo del presente trabajo, de tal suerte que es necesario hacer un examen de la integración del delito de "lavado de dinero" como actualmente se encuentra plasmado en el Código Fiscal para entender sus elementos, tomando la definición didáctica de delito: una conducta, típica, antijurídica, imputable, culpable, sujeta a condiciones objetivas de punibilidad y punible.

CONDUCTA:

El delito es una conducta humana, es un comportamiento voluntario encaminado a un propósito, éste comportamiento puede ser positivo o negativo, es decir, comprende la actividad y la inactividad; para llevar a cabo una conducta es necesario manifestar la voluntad de hacer, llevando a cabo movimientos o contracciones musculares, o bien, una total inactividad pero también voluntaria, por lo que el aspecto volitivo es lo determinante en la conducta delictiva, si el comportamiento humano es voluntario hay conducta, cuando es involuntario no hay conducta delictiva.

Esta manifestación de voluntad produce un cambio en el mundo exterior o puede también establecer un peligro de que éste se produzca, asimismo por manifestar voluntad de no hacer se deja de modificar el mundo exterior, modificación que era esperada; de tal suerte que la acción voluntaria significa voluntad de causación, lo que trae como consecuencia un elemento más de la conducta que es un resultado en virtud de dicha conducta, considerado también para algunos autores como hecho. Tomando a la conducta como el elemento objetivo, una acción u omisión, y al hecho cuando además es requerido por la ley un resultado material, que tiene estrecha relación con la conducta realizada y a lo que se le ha llamado nexo causal, tercer elemento de la conducta; para algunos autores esta relación no forma parte de la teoría de la acción sino de la culpabilidad y en efecto la conducta en Derecho Penal no puede entenderse sino como culposa y no únicamente limitada al comportamiento corporal, en resumen: tres son los elementos de la conducta: a) Manifestación de la voluntad, b) Resultado y c) Nexo causal entre uno y otro.

A) La manifestación de la voluntad puede ser por acción, por omisión, que será el no hacer algo esperado, es decir, no efectuar la acción ordenada por el Derecho y la comisión por omisión que significa el no hacer algo ordenado por el Derecho y en virtud de dicha inactividad se produce además una mutación en el mundo exterior reprobada por el derecho, es decir violación de una norma preceptiva y una prohibitiva.

b) El resultado en el derecho penal no solo esta constituido por el estricto daño, sino también por el riesgo, el peligro, el daño potencial, al primero se le llama daño real o material y se da cuando se ha producido la lesión al bien atacado, y al segundo peligro o daño potencial, cuando la lesión no se ha producido pero el resultado del acto tiene potencia para ocasionarla y por tal virtud se ha violado completamente una norma, en efecto la simple presentación de éste peligro viola lo dispuesto por el Derecho, como el maestro Miguel Angel García Domínguez comentando a Jiménez de Asúa escribe en su libro Teoría de la Infracción Fiscal:

" El peligro como posibilidad de daño, es una situación objetiva, pero esa posibilidad, aunque tenga existencia objetiva requiere únicamente de un juicio de valuación, un cálculo del legislador, es el resultado de un raciocinio silogístico en el que la premisa menor es la presencia de determinadas circunstancias y la premisa mayor esta constituida por las lecciones respecto a las consecuencias de circunstancias análogas. Se dice que un fenómeno existente dispone de potencia causal en orden a otro fenómeno aun no ocurrido, cuando la experiencia nos enseña que al primer fenómeno suele seguir el segundo en relación a causa efecto". (7)

En tratandose del delito de "lavado de dinero", es evidente que se trata de un delito preferentemente de acción pues en su fracción primera habla de realizar operaciones financieras, compra, venta, garantía, depósito, transferencia, cambio de moneda, etc; lo que forzosamente entraña una actividad del sujeto que delinque y al establecer que con las anteriores operaciones se tenga el propósito de: a) Evadir al fisco, b) Ocultar el origen o naturaleza de los bienes de que se trate, y c) Alentar alguna actividad ilícita, se establece que no es necesario que se logre cualquiera de las situaciones contempladas, basta con el propósito, por lo que se trata de un delito de daño en su primera parte y de peligro en su segunda parte. El mismo tratamiento debe dársele a la fracción segunda del mencionado artículo por sus características análogas.

Sin embargo debe hacerse mención de los incisos d) de ambas fracciones en tanto que establecen una manifestación de conducta de no hacer, pues se dispone que: d) Omitir proporcionar el informe requerido por la operación; en éste caso estamos hablando de una omisión simple, es decir, se transgrede la ley por no hacer lo que se estaba esperado, pero hay que tomar en cuenta que como ya se dijo no

es necesario que se dé para que ésta omisión sea considerada como delito, pues basta conque únicamente se tenga el propósito de omitir como lo establece el párrafo primero de ambas fracciones, para que se configure el delito, por ser éste de daño potencial y este daño potencial será el omitir dar el aviso correspondiente.

Por último es necesario tomar en cuenta si éstas operaciones de las que hablan las fracciones I y II del artículo 115 bis, operaciones con dinero o bienes provenientes de actividades ilícitas integran por sí solas el delito o es una condición obligatoria el hecho de que además se tenga el propósito de llevar a cabo las situaciones contempladas en los incisos a) a d) de ambas, pero por considerar que se trata más de un aspecto de la tipicidad que de la simple conducta, será tratada la anterior cuestión en la parte correspondiente.

EL SUJETO DE LA CONDUCTA:

Solo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal, tanto la acción como la omisión deben corresponder al hombre por ser el único posible sujeto activo de la infracción fiscal, es el único con capacidad de voluntariedad. Este principio es indiscutible, el ser humano es el único que puede llevar a cabo una conducta delictiva; sin embargo en la actualidad existe el conflicto sostenido en la doctrina de que si las personas morales o colectivas son capaces de cometer un ilícito penal; al respecto existe la teoría que niega tal posibilidad y la que lo admite.

Se dice que las personas morales no pueden ser sujetos activos del delito por carecer de voluntad propia, podrá existir la voluntad de cada uno de sus miembros o inclusive la suma de voluntades de éstos, sin embargo, la voluntad de las personas colectivas no es independiente de la de sus socios, por ende al carecer de voluntad no puede haber delito.

Contra ésta teoría hay autores que dicen que la persona colectiva es un sujeto titular de derechos y obligaciones en virtud de su reconocimiento jurídico, tributariamente hablando son sujetos pasivos de contribución y tienen diversos tipos de responsabilidades, en éste orden de ideas también son capaces de cometer ilícitos de tipo penal y el problema de la voluntad es resuelto argumentando que los órganos que integran éstas personas, aunque físicamente son humanos, actúan en virtud de la voluntad social de la persona colectiva y en virtud de sus propios estatutos por lo que los actos ejecutados son imputados al ente colectivo; por nuestra parte es difícil aceptar como válido lo anterior, por que si se actúa conforme a los estatutos de la persona colectiva, éstos deben ser previos al

acto y el hecho de contemplar la comisión de un delito no puede ser parte de los mismos, si así fuera la sociedad tendría un objeto y fin ilícito, lo que inmediatamente trae a colación la inexistencia, si el representante de la sociedad comete un ilícito lo hará entonces fuera del contexto del objeto social de la persona colectiva por lo que dicho acto no se podrá imputar a la misma y quedará como responsable entonces la persona física.

En la legislación mexicana en el artículo 11 del Código Penal vigente se ha resuelto la anterior cuestión al establecer que si una persona comete un delito con los medios que le fueron proporcionados por la entidad colectiva, el juez podrá decretar la suspensión o disolución de la agrupación. Al respecto el maestro Castellanos Tena comenta:

"Del propio precepto se desprende claramente que quien comete el delito es un miembro o representante, es decir, una persona física y no la moral. Por otra parte, si varios o todos los socios convienen en ejecutar el delito o intervienen en él, en alguna forma se estará en presencia de un caso de participación o co-delincuencia de personas reales."(8)

En la actualidad es posible que se integre una persona moral con el único objeto de "lavar dinero", pero obviamente dicha situación se hará de manera clandestina, por supuesto que no estará contemplado en su acta constitutiva y podrá aplicarse perfectamente en éste caso el artículo ya mencionado del Código Penal.

En cuanto al delito de "lavado de dinero", de su texto se desprende que cualquier persona puede ser sujeto activo del delito de referencia, con una condición subjetiva importante: dicho sujeto activo debe llevar a cabo su conducta "a sabiendas" de que la suma de dinero o los bienes provienen de una actividad ilícita; el vocablo "a sabiendas", presente un problema, en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se establece que a sabiendas significa: "con conocimiento de, A ciencia cierta"; por lo que si se interpreta el artículo textualmente tendremos que concluir que el sujeto activo deberá tener un conocimiento cierto de la ilicitud de los bienes con los que lleva a cabo la operación, es decir, tener un pleno conocimiento de su procedencia y destino.

Cabe hacer mención de nueva cuenta que a pesar de que el "lavado de dinero" pertenece al capítulo de los Delitos Fiscales del C.F.F. éste no puede ser cometido por personas obligadas al tributo ya que generalmente es aceptado que una infracción fiscal es cometida contra el fisco por personas obligadas frente a éste.

SUJETO PASIVO:

"El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma, el ofendido es la persona que resiente el daño, generalmente uno y otro coinciden pero a veces son diferentes".(9)

El sujeto pasivo de la infracción fiscal es el titular del bien jurídicamente protegido, en este caso el Estado a través del Fisco Federal; no hay duda respecto de que el fisco resulta lesionado por el "lavado de dinero" y no lo es porque se tenga el propósito de evadirlo como ya se vio, sino porque dicho "lavado se lleva a cabo mediante operaciones a veces contempladas en leyes tributarias como le Ley del Impuesto Sobre la Renta; pero tampoco hay duda al respecto a que no es el fisco el único dañado por el mencionado ilícito pues su esfera de acción y resultado va más allá del Derecho Administrativo.

OBJETOS DEL DELITO:

Existe el objeto material y el objeto jurídico del delito, el objeto material es la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa, el objeto jurídico es el bien protegido por la ley que el hecho u omisión lesionan.

El objeto material del artículo 115 bis del C.F.F; lo constituyen la suma de dinero o bienes de cualquier naturaleza y que provengan de una actividad ilícita incluyendo aquellos que ya hayan sido identificados por las autoridades competentes como lo establece el último párrafo del mencionado artículo.

Su objeto jurídico no es la evasión al fisco sino esconder la utilidad o el rastro que la misma deja y que provenga de actividad ilícita, cualquiera que ésta sea, por lo que éste elemento se debe entender en una concepción más amplia.

AUSENCIA DE CONDUCTA:

El aspecto negativo de la conducta, lo que hace que ésta no exista es la falta de voluntad, aun cuando exista movimiento y resultado exterior, pues éstos no son la manifestación de la voluntad, ésta carencia de voluntad, es un elemento impeditivo de la figura delictiva. En la fracción I del artículo 15 del Código Penal se establece que "Es una excluyente de responsabilidad (penal): Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntaria, anteriormente ésta figura era tomada por el C.F.; en su artículo 37 fracciones X y XI, actualmente suprimido.

Los autores concuerdan en tres categorías de ésta ausencia de conducta:

A) Vis Absoluta: Que es la fuerza exterior irresistible, en este caso no hay voluntad, su causa es puramente física, ésta fuerza exterior proviene del hombre, generalmente impuesta mediante la

violencia, para algunos tratadistas dicha situaciones una causa de inculpabilidad, para otros como Castellanos Tena "La aparente conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad, quien así obra no es un hombre, sino un mero instrumento".(10)

B) *Vis Maior*: En la cual la fuerza física irresistible deriva de la naturaleza y también destruye el elemento volitivo, algunos autores incluyen la fuerza proveniente de algún animal.

C) También se ha aceptado como ausencia de conducta el sueño, sonambulismo, hipnósis, inconsciencia, etc; aunque otros las ubican en la Inimputabilidad.

Respecto del "lavado de dinero" es difícil pensar que se pueda destruir la figura delictiva mediante la fuerza de la naturaleza (*vis maior*), pues se trata de operaciones financieras difícilmente realizadas por un impulso causado por la naturaleza pues tienen como esencia un acto jurídico que no se realiza instantáneamente, lo mismo es de aplicarse para el caso de sonambulismo, hipnosis, sueño, etc; para llevar a cabo dichas operaciones se requiere de capacidad psíquica y jurídica, se antoja del todo imposible hacer una compra venta o cambio de moneda en un estado de hipnosis o de sonambulismo.

Para el caso de que la fuerza provenga del hombre (*vis absoluta*) es posible admitir que se actualice la ausencia de conducta y destruya la figura delictiva en el ilícito de referencia, pues en éste caso se actúa por la amenaza o miedo grave, por la violencia ejercida de un individuo a otro, sin embargo son pocos los delitos de acción que así se cometen por su propia característica y más aún en el "lavado de dinero", pues se requiere de varios actos tendientes al fin contemplado, normalmente la *vis maior* obliga a omitir hacer algo que se estaba mandado, por nuestra parte pensamos que si se alcanza a dar valor probatorio al hecho de que se actuó o se dejó de hacerlo por virtud de una violencia ejercida hacia el sujeto activo, se tendrá que pensar en la ausencia de conducta y por lo tanto destruir la conducta delictiva.

TIPICIDAD

No toda conducta o hecho son delictuosos, para que se dé, es necesario que además sea típica, un elemento esencial del delito pues su ausencia impide su configuración; "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía o mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada en la ley exactamente aplicable al caso", establece nuestra carta magna.

No debe confundirse la tipicidad con el tipo, el tipo es la descripción que el Estado hace de una conducta, desprovista de valoración, la tipicidad se da cuando la conducta se ha adecuado a la

hipótesis de infracción consignada en la ley; existen tipos muy completos que contienen todos los elementos del delito, en éste caso se dice que el tipo hace una descripción legal del delito mientras que otros se limitan a formular la conducta prohibida u ordenada, hacen una descripción del elemento objetivo; la tipicidad en materia fiscal ésta representada por la hipótesis de la norma tributaria sustantiva o formal, que establece la obligación, dicha descripción no es creada por la Administración, sino que ésta utiliza el tipo creado por el legislador. Para Garcia Dominguez, la tipicidad tiene un gran valor en materia fiscal, pues da tanto a la infracción como a la sanción, la certeza necesaria para su correcta aplicación.

CLASIFICACION DE LOS TIPOS

Antes de iniciar con la clasificación de los tipos penales, hecha por el maestro Castellanos Tena, es necesario decir que en los mismos debe haber una mera descripción objetiva, sin inmiscuir elementos de Antijuridicidad, Imputabilidad o Culpabilidad, aunque pueden incluirse elementos subjetivos y modalidades y puede también haber referencia al sujeto activo, al objeto, al tiempo, al lugar o a la ocasión y a los medios.

A) NORMALES Y ANORMALES: Si la ley se limita a hacer una descripción objetiva de la conducta, estamos en presencia de un tipo

normal, es decir, si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas; por el contrario, si además se requiere hacer una valoración cultural o jurídica, el tipo será anormal, la diferencia estriba en que en el primero hay conceptos puramente objetivos mientras que en el segundo, las frases adquieren un significado tal que requieren de ser valoradas, interpretadas. Puede también la descripción legal, tener elementos subjetivos, en virtud de que se resuelve en un estado anímico del sujeto.

B) FUNDAMENTALES O BASICOS: Para Jiménez de Asúa, el tipo es básico cuando tiene plena independencia, la naturaleza del bien jurídico tutelado forja una categoría común capaz de servir de título o rúbrica a cada grupo de tipos, verbigracia: delitos contra la salud, el honor, el patrimonio o delitos fiscales, aunque ésta última atiende más a su naturaleza que al bien jurídico tutelado.

C) ESPECIALES: Se forman por un tipo fundamental y otros requisitos, los cuales excluyen la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial, ej: Infanticidio.

D) COMPLEMENTADOS: Se integran con el tipo fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta; según el maestro Jiménez Huerta, "Se diferencian entre si los tipos especiales complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega como aditamento la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad."(11)

Los tipos especiales y los complementados pueden a su vez ser agravados o privilegiado, el primero se sancionará más enérgicamente mientras que en el segundo la pena es menor que el tipo básico.

E) AUTONOMOS O INDEPENDIENTES: Tienen vida propia sin depender de otro tipo.

F) SUBORDINADO: Dependen de otro tipo, de un tipo básico, adquieren vida en razón de éste, al cual se subordinan.

G) DE FORMULACION CASUISTICA: En éstos tipos, no se describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito, a su vez se clasifican en: ALTERNATIVAMENTE FORMADOS o ACUMULATIVAMENTE FORMADOS; en los primeros se prevee más de un hipótesis comisiva y el delito se integra con cualquiera de éstas y en los segundos, se requiere el concurso de todas las hipótesis.

H) DE FORMULACION AMPLIA: A diferencia de los anteriores, en los tipos de formulación amplia se describe una hipótesis única y en la cual caben todos los modos de ejecución, la acción típica se puede verificar mediante cualquier medio idóneo al expresar la ley solo la conducta o el hecho en forma genérica.

I) DE DAÑO Y DE PELIGRO: Si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, el tipo se clasifica como de daño y de peligro cuando se protege contra la posibilidad de ser dañado.

Respecto al "lavado de dinero", y aplicando la anterior clasificación, diremos que se trata de un tipo: Anormal, Fundamental, Autónomo, Complementado, Casuístico, de Daño y de Peligro.

El tipo es anormal porque además de factores objetivos como los son la suma de dinero o bienes producto de actividades ilícitas, contiene elementos normativos o de valoración como lo es el propósito de disfrazar su origen, entre otros; además de un elemento subjetivo, que lo integra el hecho de que el sujeto activo para cometer el delito debe hacerlo "a sabiendas" de que dicha suma de dinero o bienes provienen de una actividad ilícita, ya se ha hecho mención que dicho vocablo no se considera el más adecuado para éste elemento subjetivo pues esto significa que el sujeto debe tener pleno conocimiento del origen de los fondos, su ilicitud y en ocasiones su destino y no se especifica si puede haber la ignorancia intencional del sujeto activo.

Es un tipo fundamental ya que aunque se encuentra agrupado dentro de los delitos fiscales, ya se ha dicho que no es únicamente de naturaleza tributaria, es además autónomo por tener vida por sí solo sin depender de otros y complementado en virtud de que puede agravarse para el caso de que el delito sea cometido por funcionario público en los términos del artículo 97 del C.F.F.

Es un tipo casuístico alternativamente formado, pues en él están previstas varias hipótesis y la figura comisiva se da con la presencia de cualquiera de éstas, al respecto cabe mencionar que en el tipo del artículo 115 bis no se especifica si el delito se integra una vez que se ha realizado una operación financiera con suma de dinero o bienes y "a sabiendas" que éstos provienen de actividad ilícita o es necesario además que ésta primera hipótesis sea complementada con el propósito de evadir el impuesto, alentar actividad ilícita, ocultar el origen de los mencionados bienes u omitir dar el informe requerido por la operación como se plantea en los incisos a) a d) de las fracciones I y II del delito de referencia.

En efecto de la lectura del artículo 115 bis se desprende que el propósito es un elemento determinante de la figura delictiva, a saber:

"Se sancionara con pena de tres a nueve años de prisión a quien a sabiendas de que una suma de dinero o bienes de cualquier naturaleza provienen o representan el producto de una actividad ilícita:

I. Realice una operación financiera, compra, venta, garantía, depósito, transferencia, cambio de moneda o, en general cualquier enajenación o adquisición que tenga por objeto el dinero o los bienes antes citados con el propósito de:

- a) Evadir de cualquier manera el pago de créditos fiscales;
- b) Ocultar o disfrazar el origen, naturaleza, propiedad, destino o localización del dinero de los bienes que se trate;
- c) Alentar alguna actividad ilícita; o
- d) Omitir proporcionar el informe requerido de la operación."

Parece ser entonces que tanto en la fracción I como en la segunda, con características análogas, los incisos que precisan el propósito de la operación se describen de manera limitativa, y que la operación financiera o las demás contempladas con estos bienes ilícitos no cobran vida delictiva hasta que se tenga cualquiera de los anteriores propósitos; situación que consideramos un error puesto que el hecho de llevar a cabo las mencionadas operaciones financieras con bienes ilícitos entrañan por sí mismas una voluntad delictiva, el problema puede obtener mayor claridad si se toma en cuenta el elemento negativo de la Tipicidad, la Atipicidad, que será

tratado en su oportunidad; de lo anterior concluimos que el texto debe ser modificado para hacer entender que los multicitados propósitos con bienes ilícitos se mencionan de manera enunciativa y no limitativa.

Es un tipo de daño y de peligro, pues en la primera hipótesis contempladas en las fracc. I y II, se habla de realizar una operación financiera u otras, lo que quiere decir que éstos bienes ilícitos ya fueron objeto de una operación jurídica y por ende ya se ha causado un daño, aunque no sea un daño material sino puede también ser un daño formal y es de peligro porque en la segunda hipótesis basta con que se tenga el propósito de evadir, ocultar o alentar, sin que haya necesidad de que éste se logre, es decir, existe un peligro de que "se evada", se oculte o se aliente; podría pensarse que si no se logra cualquiera de éstos propósitos, entonces la operación financiera ya no representaría ningún daño, sin embargo no se debe pasar por alto el hecho de que en éstas operaciones descritas en el tipo intervienen siempre dos o más personas, son operaciones jurídicamente conocidas con el nombre de bilaterales o sinalagmáticas por lo que aquí podría producirse un daño a un tercero de buena fe, aunque no se hayan satisfecho los propósitos para los que dicha operación se realice, ésta aseveración adquiere mayor relevancia si se toma en cuenta el último párrafo del artículo 115 bis, en el que se menciona que las mismas penas se impondrán a personas que realicen operaciones con bienes ilícitos y que ya hayan sido identificados como producto de alguna actividad ilegal por autoridad competente, es decir, puede ser ya materia de algún juicio y por lo tanto se podría pensar en la privación de éstos bienes al tercero de buena fe.

ATIPICIDAD

Es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, si la conducta no es típica, no puede ser delictuosa, se da la atipicidad cuando existe el tipo, pero la conducta no se amolda a él, es parecida pero no igual. A diferencia de la ausencia del tipo que se da cuando el legislador no describe una conducta que el sentir general considera debería ser incluida entre los delitos; Castellanos Tena dice que en el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo, pues si la conducta no encuadra, respecto a ésta no hay tipo.

Las causas de atipicidad pueden ser por:

A) Ausencia de calidad o cantidad del número exigido en la ley respecto del sujeto activo o pasivo; en éste caso en el tipo de "lavado de dinero", no se exige ni lo uno ni lo otro, por lo que se no se puede presentar éste tipo de atipicidad. No se requiere un tipo especial de persona, ni es necesario tener la calidad de contribuyente, nacional, extranjero, etc; tampoco existe restricción alguna en cuanto al número de sujetos activos ni hay exigencia de un sujeto pasivo especial.

B) Si falta el objeto material o el objeto jurídico; a éste respecto resulta interesante mencionar que si faltan desde un principio los bienes ilícitos (objeto material), no se esta en presencia de un rompimiento de la tipicidad sino una imposibilidad física y jurídica de comisión del delito, ahora bien, si los bienes faltan por cualquier circunstancia una vez que se realizó la operación financiera, no hay tampoco atipicidad, pues el delito se integró cuando éstos estaban disponibles y lo que en éste caso sucede es que no hay elementos para probar que el delito se cometió, lo que podría significar que la intención de ocultar dichos bienes se logró, ésta aseveración no es definitiva pues lo bienes pueden también desaparecer o destruirse sin la voluntad del sujeto activo.

Respecto a la falta de objeto jurídico, es decir, falta de bien jurídico tutelado, habría primero que establecer exactamente cual es dicho bien en el presente caso, pues como ya se dijo no se comparte la idea de que éste bien sea los ingresos del Estado, consideramos que éste bien protegido es un valor estatal de carácter tanto pecuniario como social y que podría decirse se engendra en la propia convivencia social y paz pública, si la anterior aseveración es aceptada, no podría entonces haber ausencia de dicho bien en el caso que nos ocupa.

C) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas por el tipo; Irrelevantes en éste caso por no exigir ninguna de éstas circunstancias el tipo del 115 bis.

D) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados por la ley; en éste caso el tipo del "lavado de dinero", exige que se lleve a cabo mediante una operación financiera, compra, venta, garantía, depósito, transferencia, cambio de moneda o, en general cualquier enajenación o adquisición que tenga por objeto los bienes producto de alguna actividad ilícita; por lo que los medios comisivos no se restringen al aceptar el tipo además de las mencionadas en su texto, cualquiera que tenga características análogas y que tengan por objeto bienes ilícitos.

E) Si faltan los elementos subjetivos del injusto, legalmente exigidos; en éste caso, si el sujeto activo no tiene el elemento subjetivo que es el hecho de realizar el delito "a sabiendas" que los bienes provienen de actividad ilícita, se rompe la tipicidad; para el tipo es necesario hacerlo a sabiendas, situación harto difícil de probar tanto positiva como negativamente, pues se trata de un elemento psíquico del individuo y raramente tiene éste elemento una manifestación exterior tal, que pueda permanecer y estar al alcance de la autoridad competente; el único medio probatorio idóneo podría ser la confesional del propio individuo o en su caso una sentencia Ejecutaria que hiciera la declaración de la ilicitud de los bienes, de ahí la importancia de delimitar éste concepto para saber que grado de conocimiento debió tener el agente para cometer el delito y al exteriorizar su voluntad llevar implícito por éste hecho el elemento subjetivo.

También en éste rubro se retoma el argumento de que si en el tipo del 115 bis es requerido de manera limitativa que las operaciones con bienes ilícitos sean realizadas con los propósitos demarcados en sus incisos a) a d) de ambas fracciones, puesto que el tipo es claro al establecer: "...que tenga por objeto los bienes citados, con el propósito de:" y en seguida enuncia los multicitados propósitos, sin aceptar algún otro, por lo que si se logra probar que se realice la operación con suma de dinero o bienes provenientes de alguna actividad ilícita pero sin el propósito mencionado en el artículo, tendría por lo tanto que destruirse la figura delictiva, en virtud de su actual tipificación; no habría por lo tanto delito pues se rompe con su elemento típico, habrá que modificar el texto para establecer que éstos propósitos se mencionan de manera enunciativa y no limitativa.

LA ANTIJURIDICIDAD:

No toda conducta típica es delictuosa, se requiere además que sea también Antijurídica, el término antijuridicidad es un concepto negativo, por lo que resulta complicado dar una idea positiva de la misma, se ha aceptado en términos generales que lo antijurídico es lo contrario a derecho, una contradicción entre la conducta y el derecho, es la contradicción objetiva de los valores estatales, los delitos son conductas que lesionan un bien jurídico tutelado a través de una norma y por violar ésta norma se convierten en antijurídicas, en ilícitas. El maestro Sergio Francisco de la Garza dice que "Lo único relevante para el Derecho Penal Tributario es que

esa ilicitud o antijuridicidad es de carácter objetivo y no requiere por tanto, ningún estado de conciencia del infractor respecto a la antijuridicidad de la infracción, ni tampoco ella desaparece porque el agente tenga una creencia en la licitud de sus acciones." (12)

En conclusión podemos establecer que una conducta es antijurídica cuando siendo típica, no está amparada por una causa de justificación. Castellanos Tena apunta que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal; como dice Jiménez de Asúa, en la tipicidad se concreta la antijuridicidad.

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION:

Cuando una conducta es típica pero está amparada por una causa de justificación, se excluye la antijuridicidad y por lo tanto se rompe con la figura delictiva. Las causas de justificación son aquellas por virtud de las cuales una conducta se realiza conforme a Derecho, a pesar de adecuarse a la descripción típica, es decir, transforma la conducta típica en jurídica, lo antijurídico se halla ausente, lo que equivale a decir que las causas de justificación solo valen como ausencia de lo injusto.

El fundamento de la antijuridicidad es el hecho que el Estado la excluye cuando concurren dos intereses jurídicamente tutelados y en virtud de no poder salvar ambos, se opta por el más valioso.

En nuestro código Penal éstas causas de justificación están plasmadas en el artículo 15 y se les llama "Excluyentes de Responsabilidad Penal."

De una manera general los autores han aceptado como causas de justificación a:

A) Legítima defensa, B) Estado de necesidad, C) Cumplimiento de un deber, D) Ejercicio de un derecho, E) Obediencia jerárquica y, F) Impedimento legítimo.

A) Legítima Defensa: Es el rechazo de una agresión actual o inminente e injusta mediante la lesión de bienes jurídicos del agresor, es el repeler con la fuerza. Para la Escuela Clásica del Derecho Penal, la legítima defensa descansa en la necesidad, ante la imposibilidad de que el Estado acuda en auxilio del injustamente atacado, para evitar la consumación de la agresión, es lícito y justo entonces que éste se defienda, sustituyendo la defensa pública con la privada. En el párrafo primero de la fracción tercera del artículo 15 del Código Penal, se expresa "Repeler el acusado una agresión

real, actual o inminente y sin derecho...", del anterior párrafo se desprende que el elemento esencial de la legítima defensa lo constituye el hecho de repeler una agresión injusta.

Miguel Angel Garcia Dominguez opina que se puede dar la legítima defensa en contra de un ataque injusto de un agente de la Autoridad o de un funcionario que ejercita autoridad concedida por un ordenamiento legal, ya que los funcionarios públicos deben de conocer la ley que norma su actuación y el hecho de salirse su conducta de ésta ley significa una injusticia y da lugar a la legítima defensa, por nuestra parte consideramos que si algún funcionario público realiza su acto en ejercicio de sus funciones previamente conferidas, lo hace en representación del organismo al que pertenece y si su actuación sale de los márgenes de la ley, procederá algún recurso previsto por la propia ley que originó el acto o inclusive el recurso extraordinario, que precisamente fueron establecidos para éstos casos.

B) Estado de necesidad: Es la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial, en el estado de necesidad se produce un conflicto entre dos intereses legítimos, protegidos por las leyes; en ésta causa de justificación es necesario que el bien que se salva sea de menor valía que el bien que se sacrifica, por lo tanto los

elementos del estado de necesidad son: a) la existencia de un peligro real, b) la ilegitimidad del mal que se trata de evitar, c) La necesidad de la conducta y, d) la proporción debida entre el bien que se salva y el que se sacrifica.

El estado de necesidad está consagrado en el artículo 15, fracción IV del C.P., y difiere de la legítima defensa en que el estado de necesidad constituye en si mismo una acción o ataque en tanto la legítima defensa es reacción contra el ataque.

Los casos específicos de estado de necesidad en nuestra legislación son el aborto terapéutico y el robo de famélico.

C) Cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho e impedimento legítimo; para que el comportamiento del agente sea lícito es necesario que obre legítimamente, aseveración que como dice Castellanos Tena es redundante.

El mismo autor también dice que solo se pueden comprender formas específicas como lo son las lesiones y homicidio cometido en los deportes o como consecuencia de tratamientos medico quirúrgicos.

El impedimento legítimo se configura cuando se deja de hacer lo que se manda por un impedimento legítimo, se deja de hacer lo ordenado por una norma de carácter superior, hipótesis también aplicable al cumplimiento de un deber.

De manera general consideramos que ninguna de las causas de justificación antes explicadas, se pueden actualizar en el delito que estudiamos , pues éste tiene como característica la ilicitud, salvo en la legítima defensa, en todas éstas excluyentes existen siempre dos bienes jurídicamente tutelados en conflicto y se opta por salvar el más valioso, en éste caso no puede ser así porque al efectuar operaciones con bienes ilícitos no se puede estar salvaguardando bien jurídico alguno.

IMPUTABILIDAD:

Para ser culpable un sujeto, precisa ser imputable, algunos autores separan imputabilidad y culpabilidad, mientras que otros dan un amplio contenido a la culpabilidad y engloban en ella a la imputabilidad. Por nuestra parte nos adherimos a la tesis del maestro Castellanos Tena que sostiene que es un presupuesto de la culpabilidad.

La imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo jurídico penal, es el ejercicio del conocimiento y voluntad, es una calidad del sujeto que delinque, sin estar estipulada en el tipo pues es común a todo delito; está condicionada por la salud mental, como dice Carrancá y Trujillo "Todo aquel que posea al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente."(13)

Lo anterior trae como consecuencia el elemento de responsabilidad que es la situación jurídica del individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquel obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por ley a su conducta.

INIMPUTABILIDAD:

La imputabilidad es indispensable para la formación del delito, la inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad.

En el C.P. no se define la inimputabilidad pero se hace mención de quiénes son los inimputables: "Padecer el inculpaado al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo a esa comprensión.

Esta fracción contiene tres hipótesis importantes a) trastorno mental, b) desarrollo intelectual retardado y, c) conducirse de acuerdo a esa comprensión; lo que quiere decir que una conducta típica y antijurídica realizada por un inimputable no será delictiva.

El trastorno mental consiste en la perturbación de las facultades psíquicas, existen en la actualidad teorías psicológicas en las que se afirma que todo individuo tiene un relativo grado de trastorno mental y al respecto la ley es cuidadosa al referirse a que dicho trastorno debe ser de tal magnitud que impida al agente comprender el carácter ilícito de su conducta, es decir, el individuo que delinque no puede establecer una diferencia entre una conducta irrelevante para el Derecho Penal como el patear una pelota y una conducta típica pero no porque desconozca el Derecho sino por su estado patológico.

Las causas de inimputabilidad establecidas en C.P., son igualmente aplicables a los delitos fiscales, sin embargo tratándose del delito de "lavado de dinero", no es posible que la conducta prevista en éste ilícito sea llevada a cabo por un inimputable, pues la característica de las operaciones contempladas en el tipo, es de aquellas que requieren un grado de capacidad psíquica para realizarse, además del elemento subjetivo del tipo que es el hecho de que se debe de realizar a sabiendas que los bienes provienen de actividad ilícita lo que presupone un equilibrio mental del sujeto activo.

LA CULPABILIDAD:

En un orden lógico de ideas, la conducta típica , antijurídica e imputable, para integrar la figura delictiva debe ser también culpable.

Cuello Calón considera culpable la conducta cuando " A causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada ";(15) a su vez Castellanos Tena la define como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

Existen dos principales doctrinas que se ocupan de la naturaleza jurídica de la culpabilidad:

A) Teoría Psicologista: La culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad. Su esencia estriba en un proceso intelectual y volitivo, para ésta teoría se debe estudiar únicamente el proceso psicológico (del autor del delito) para comprobar si se actuó con conocimiento y voluntad.

B) Teoría Normativista: A la culpabilidad la constituye un juicio, de reproche, si al sujeto que delinque y que ha obrado con dolo o culpa, se le puede exigir por medio del orden normativo una conducta diversa, éste individuo es culpable; su esencia la constituye el juicio de reproche, la exigibilidad dirigida a sujetos capaces de comportarse conforme al deber.

La culpabilidad reviste dos formas: El dolo y la culpa, según sea que su conducta vaya dirigida a la ejecución de hecho tipificada en la ley como delito o se cause éste resultado por negligencia.

El dolo tiene un elemento intelectual y otro volitivo, el primero es la conciencia de que se quebranta un deber y el volitivo consiste en la voluntad de realizar un acto.

En nuestra legislación el dolo está contemplado en la fracción I del artículo 8 del C.P. que dice " Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley."

La culpa se da cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida y por tal virtud se causa un resultado penado por la ley.

Existen diversas teorías acerca de la culpabilidad como lo es la de la previsibilidad del resultado no querido o de la previsibilidad y evitabilidad de dicho resultado, así como la teoría del defecto en la atención que es la violación por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley. En todas éstas doctrinas está implícito el obrar con negligencia, sin cuidado.

Los elementos de la culpa son; primero el actuar voluntariamente, segundo que éste actuar se realice sin la precaución exigida por el Estado y tercero que el resultado sea previsible y evitable y sea tipificado penalmente.

Existen dos clases de culpa que son la culpa con previsión o representación y se da cuando el agente ha previsto el resultado típico posible pero no solamente no quiere sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá; y la culpa inconciente cuando no se ha previsto un resultado previsible.

En nuestro Derecho se consagra la culpa en el penúltimo párrafo del artículo 8 del C.P. al establecer: "Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le impiden."

Respecto a los delitos fiscales, se aprobaron en las I Jornadas Luso-Hispano-Americanas de Estudios Financieros y Fiscales celebradas en Portugal en 1967, las siguientes conclusiones:

"7a. Analizando con especial atención y detenimiento el elemento de la culpabilidad, se juzga que éste constituye, en cualquier caso, una nota definidora de la infracción a la que se asocia una infracción punitiva. No es aconsejable la formulación de presunciones legales de culpabilidad de carácter genérico.

No obstante, se estima posible, e incluso necesario, que se formulen presunciones legales de carácter excepcional, en relación con determinadas infracciones, sin que en ningún caso se elimine la posibilidad de prueba en contrario por parte del contribuyente.

9a. Puede haber negligencia punible incluso cuando el agente, al cometer la infracción no supiera que la está cometiendo; sin embargo, la negligencia debe ser apreciada en función de las posibilidades concretas de que el agente dispone para evitar la infracción que le es imputada." (17)

De lo anterior se puede concluir que dentro del texto de los tipos penales fiscales, no debe haber presunción de algún grado de culpabilidad y se deberá estar al caso concreto, sin embargo en nuestro Código Fiscal existen delitos como la defraudación fiscal y el contrabando que solo se pueden entender como dolosos; ante el silencio de la ley, concluye Sergio Francisco de la Garza hay que concluir que las infracciones tributarias que no son dolosas, son culposas.

En cuanto al "lavado de dinero", es difícil aceptar que éste se pueda llevar a cabo culposamente en virtud de sus características, en efecto, la esencia de la culpa la constituye el actuar

irreflexivamente, el no prever un resultado que era previsible o previniéndolo se actúa no solo no queriéndolo esperando que no se dé, por lo tanto el hecho de efectuar operaciones financieras o de cualquier otra índole, con bienes ilícitos, entraña de por sí un ánimo delictuoso, no hay manera de realizar dichas operaciones de manera irreflexiva o imperita, el ejecutarlos trae implícito el hecho de que se quiere el resultado que normalmente éstas operaciones ocasionan y en la figura típica que nos ocupa éste resultado va encaminado al propósito de ocultar o disfrazar utilidades provenientes de actividades ilícitas u ocultar o disfrazar las mismas actividades, por lo que éste delito se comete con un ánimo delictuoso.

En el 115 bis se establece que se impondrá la pena a quien "a sabiendas" de que una suma de dinero o bienes provienen de actividades ilícitas, realice operaciones con ellas tendientes a lograr los objetivos que el mismo tipo establece, ahora bien, si tomamos en cuenta la descripción del dolo que hace el C.P. en el que se dice "Obra intencionalmente el que conociendo las circunstancias del hecho típico, quiere o acepta el resultado prohibido por la ley;" debemos concluir entonces que se trata de un delito de comisión dolosa porque el mismo tipo lo establece al exigir que el sujeto activo tenga conocimiento de éstas circunstancias típicas. No habrá en éste caso negligencia punible como dice una de las conclusiones de las citadas Jornadas de Estudios Financieros realizadas en Portugal

porque si el agente cometiera la infracción sin saber que la está cometiendo, no convertiría su conducta en culposa sino que rompería con un elemento típico y destruiría la figura delictiva.

LA INculpABILIDAD

Es la ausencia de culpabilidad, opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad; es decir, si la conducta es típica, antijurídica, imputable pero no culpable, no hay delito. En estricto rigor las causas de inculpabilidad serán el error esencial de hecho y la coacción de la voluntad.

El error y la ignorancia: Castellanos Tena apunta que " El error es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad".(18)

Tanto el error como la ignorancia pueden ser causas de inculpabilidad, si producen en el autor, desconocimiento o conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su acto, ya que al hacerlo revela falta de malicia.

El error se divide en error de hecho y de Derecho, el error de Derecho no produce efectos de eximente en nuestra legislación pues su desconocimiento no autoriza su violación.

Para el caso que nos ocupa y en virtud del elemento subjetivo del delito, que lo constituye el hecho de realizar la conducta "a sabiendas", no se puede hablar de inculpabilidad por error, pues si éste se da, es decir, pensar que se trata de bienes libres de la característica de ilicitud cuando en realidad si provienen de actividad ilícita, configura una atipicidad, todo lo que quede fuera de "a sabiendas", no está comprendido en el tipo y no habrá figura delictiva por lo que se insiste es necesario precisar ése término " a sabiendas" pues como ya se mencionó resulta un elemento importante para establecer la culpabilidad.

Coacción sobre la voluntad: Descrito en el C.P., como " El temor fundado o irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente."

Puede considerarse ésta como causa de inculpabilidad pues ataca al elemento volitivo; en el delito que nos ocupa, es posible pensar en ésta causa de inculpabilidad pues el agente puede desplegar su conducta típica mediante la coacción en su voluntad, no hay que perder de vista que en tratándose de actividades ilícitas éstas son generalmente cometidas por individuos de naturaleza violenta.

LA PUNIBILIDAD

Es el merecimiento de una pena en función a la realización de una conducta; es la amenaza que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la supervivencia social.

Es discutido si la punibilidad es un elemento del delito o es solo una consecuencia del mismo, es decir, el delito se integra con la conducta típica antijurídica y culpable, si se impone o no una pena no quiere decir que la figura delictiva no se integró, el maestro Raúl Carrancá afirma que en virtud de que las excusas absolutorias excluyen la pena dejando subsistente el carácter delictivo del acto, se puede concluir que la pena es solo una consecuencia del delito y no un elemento de éste; en oposición a lo anterior se ha dicho que de la propia definición del delito que hace el Código Penal se desprende que la pena es un elemento de la misma al decir: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, es decir, que exige explícitamente la pena legal.

En cuanto las condiciones objetivas de punibilidad se definen como "Aquellas exigencias ocasionales establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación"(19); no constituyen un elemento del delito ya que no todos tienen esta exigibilidad. Frecuentemente

se les confunde con los requisitos de procedibilidad como la querrela de parte en los llamados delitos privados o con el desafuero previo en algunos casos. Sin embargo para Colín Sánchez hay identidad entre éstas condiciones de punibilidad y los requisitos de procedibilidad.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

"Son la ausencia de punibilidad y son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena".(20)

Se dan porque se considera innecesaria la sanción de determinadas conductas pues el hacerlo resultaría más dañino que no hacerlo, por razones de justicia y equidad; en presencia de una excusa absolutoria los elementos del delito subsisten, solo se excluye la posibilidad de punición.

Las excusas absolutorias de mayor importancia son las que excluyen en razón de la mínima temibilidad, en razón de la maternidad conciente o por consecuencias sufridas, ésta última, considerada en el artículo 55 del C.P. y que establece que cuando el agente haya sufrido consecuencias graves en su persona que hagan notoriamente innecesaria la imposición de la pena, el juez podrá prescindir de la misma.

En relación al "lavado de dinero", se podrá pensar en la excluyente de la pena por razón de graves consecuencias sufridas con motivo de la comisión del delito por el sujeto activo, aunque ésta aseveración es puramente formal ya que es difícil encontrar un ejemplo en el que se sufran éstas consecuencias en la persona del agente y que sean de tal gravedad que hagan notoriamente innecesario la imposición de la pena.

Asimismo y para el delito que nos ocupa si se aceptan como condiciones objetivas de punibilidad los requisitos procedimentales, debemos concluir que el "lavado de dinero", está sujeto a una de ellas al establecer el artículo 92 del Código Fiscal que "para poder por los delitos fiscales previstos en éste capítulo, será necesario que previamente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público:

"I. Formule querrela, tratándose de los previstos en los artículos 105, 108, 109, 110, 111, 112, 114 y 115 bis."

Al respecto vale la pena hacer las siguientes observaciones, primero hay que analizar el hecho de que si la S.H.C.P., puede formular una querrela, pues ésta se prevee en la legislación penal para los delitos de carácter privado donde si el afectado no considera haber recibido un daño importante o éste se reparó, puede otorgar el perdón. Y segundo el multicitado argumento de que en el

delito que nos ocupa se lesionan bienes jurídicos del erario federal y por lo tanto no se le debía otorgar pleno dominio sobre éste a la S.H.C.P., sobre todo si se toma en cuenta el propio art. 92 del C.F., en la parte en que se establece que se podrá decretar el sobreseimiento, a petición de la Secretaría, para el caso de que los procesados paguen sus contribuciones y accesorios, en éste caso el legislador consideró que si el interés económico se reparaba, no había necesidad de continuar con el procedimiento; pero en el caso que nos ocupa la suma de dinero y bienes provenientes de actividades ilícitas, no tienen el carácter de contribución por lo que personalmente dudamos que sea de aplicarse el presente artículo en el caso de "lavado de dinero", porque además el daño ocasionado por el mismo es el ocultamiento de utilidades provenientes de actividades ilícitas y de éstas mismas; en éste orden de ideas no debe solo competir a la S.H.C.P. el procurar se castigue dicho ilícito.

Por último hay que analizar si la S.H.C.P., puede formular el pedimento de sobreseimiento, pues ésta solo es coadyuvante del Ministerio Público Federal, por lo que compete pedirlo a esa Representación Social.

De lo expuesto en el capítulo anterior, deducimos que la actual tipificación del delito de "lavado de dinero", adolece de muchos defectos, principalmente de una adecuada técnica jurídica.

Se pretende que sea un delito fiscal, cuando ni lo cometen sujetos pasivos de la contribución ni se evade al fisco mediante la comisión del mismo y no se lesionan bienes jurídicos patrimoniales del Estado. No hemos afirmado que el delito no pueda ser tratado desde un punto de vista fiscal, pero no es la única disciplina que se considera idónea para su normatividad.

Consideramos que debe analizarse desde diversos puntos de vista, tal vez a través de un mecanismo interdisciplinario donde intervengan puntos de vista provenientes de diferentes disciplinas jurídicas y por que no?, económicas y sociales.

Para entender la naturaleza de éste delito, no basta con la aplicación de la teoría del delito, es decir, con el estudio de sus elementos, hay que entender el mecanismo de las operaciones que se contemplan, su naturaleza y sus resultados para estar en posibilidades de crear disposiciones legales para impedir su ejecución, para regular dichas operaciones de tal forma que se obstaculice realmente el "lavado de dinero"; toda norma de Derecho se dicta para obtener un fin, en éste caso para evitar el "lavado de

dinero" y consideramos que en la actualidad, dicha figura delictiva no es de muy sana aplicación práctica; se trata de un delito joven y es muy perfeccionable, al respecto existen ya esfuerzos internacionales de los que se hablarán posteriormente, por lo anterior consideramos que es necesario un estudio de las operaciones que pueden ser utilizadas como medio de comisión del delito y de lo que nos ocuparemos en el siguiente capítulo.

N O T A S

1. Miguel Angel García Domínguez, Teoría de la Infracción Fiscal, p.22, Cárdenas editor, México, 1982.
2. Citado por Sergio Francisco de la Garza, Derecho Financiero Mexicano, p. 870, Ed. Porrúa , México 1990.
3. Margarita Lomelí Cerezo El poder sancionador de la Administración Pública en materia Fiscal, p. 106 y 107, Ed. Cecsá, México 1961.
4. Citado por Margarita Lomelí Cerezo, Op. Cit. p. 207
5. Margarita Lomelí Cerezo, Op. Cit. p. 180.
6. Sergio Francisco de la Garza. Op. Cit. p. 891.
7. Miguel Angel García Domínguez, Op. Cit. p. 114.
8. Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 150, Ed. Porrúa, México 1986.
9. Fernando Castellanos Tena, Op. Cit. p. 151.
10. Op. Cit. p. 163.
11. Citado por Fernando Castellanos Tena, Op. Cit. p. 171.
12. Sergio Francisco de la Garza, Op. Cit. p. 913
13. Citado por Fernando Castellanos Tena. Op. Cit. p. 218.
14. Op. Cit. p. 218.
15. Op. Cit. p. 233.
16. Op. Cit. p. 239.
17. Sergio Francisco de la Garza, Op. Cit. p. 906.
18. Fernando Castellanos Tena, Op. Cit. p. 259
19. Op. Cit. p. 277
20. Op. Cit. p. 278.

CAPITULO II

El lavado de dinero es una actividad que consiste en realizar ciertas operaciones con bienes, generalmente dinero en efectivo, que provienen o son el producto, la utilidad de alguna actividad ilícita, por lo que normalmente también son cantidades muy grandes de dinero; el lavado tiene por objeto lograr que éstas sumas de dinero o bienes aparezcan como provenientes de un negocio o actividad legítima para que así quien vaya a disponer de dicha suma no tenga problemas para utilizarla y aparezca como una persona dedicada a los negocios, que además le reditúan considerables ganancias.

La denominación de Lavado de Dinero proviene de Estados Unidos, País donde se genera la mayor cantidad de Dolares sucios (1), y donde se le ha designado como "Money Laundering" y probablemente ésta provenga de la época de la prohibición, donde el dinero que se utilizaba para la compra y venta de alcohol, tenía residuos de la materia prima para la fabricación del mismo, entonces el dinero se tenía que "lavar" para quitar esos residuos; en la actualidad el dinero para comprar y vender droga, concretamente la cocaína, tiene también éstos residuos pero la idea del lavado va más allá de eliminarlos.

El esquema de lavado de dinero tiene tres etapas básicas que son: La Disposición, La Colocación y la Integración; La primera etapa consiste en la disposición física del efectivo proveniente de las actividades ilícitas, contrabandeándolo hasta hacerlo llegar a las Instituciones financieras o Negociaciones mediante las cuales se va a "lavar", ya sea dividiendo el efectivo en partes menores para evitar sospecha, cambio de moneda o la concurrencia de fondos lícitos e ilícitos en un negocio; La segunda etapa que es la Colocación, consiste en la desvinculación entre los fondos ilícitos y su fuente que se lleva a cabo a través de complejas operaciones financieras y que tienen el propósito de disfrazar u ocultar el rastro de su procedencia ilegítima, esto puede hacerse mediante préstamos falsos, convertir el efectivo en instrumentos monetarios como cheque de viajero o la compra-venta de artículos con dinero en efectivo y la transferencia de fondos de manera electrónica (giros), que tal vez sea el método más importante por su velocidad y escasa inspección; y por último la Integración, que es la creación de empresas o negocios pertenecientes a quien va a disponer de los fondos ilícitos para proveerlo de una apariencia legítima, es decir, una explicación de la proveniencia de los fondos y su acomodada posición y para reciclar el dinero en los bancos para que parezca una utilidad "normal" derivada de su negocio.

Para entender mejor el lavado de dinero utilizaremos el ejemplo de un narcotraficante (aunque no todo el lavado de dinero proviene del narcotráfico como se expondrá más adelante); éste narcotraficante

tiene una utilidad de mil millones de pesos por la venta de la droga, para lavarlo toma el efectivo y lo deposita en un solo banco pero en diferentes cuentas personales o a nombre de diversas compañías donde no aparece su nombre pero que son controladas por él, esto para evitar sospechas, una vez hechos los depósitos termina la etapa de la disposición e inicia la colocación cuando el banco, cuyos funcionarios están de acuerdo en lavar el dinero, previo el cobro de su comisión, toman estos fondos y hacen un préstamo en favor de éste narcotraficante o a su negocio, por la cantidad que se va a lavar, mediante ésta operación ya se desvinculó el dinero ilícito de su procedencia y el narcotraficante jamás paga el préstamo al banco, disfrutando así de la utilidad del dinero sucio, aparentando su prosperidad en sus negocios legítimos y los créditos bancarios, que vendría siendo la Integración. Cabe hacer mención que al "lavar" el dinero no desaparece la evidencia de su procedencia, únicamente se disfraza, es decir, técnicamente es posible encontrar el rastro del dinero sucio y desenmascarar toda la operación, para esto, hay que crear leyes operables y adecuadas; etapa en la que se encuentran los países que han penalizado el lavado de dinero.

En el artículo 115 bis del Código Fiscal de la Federación, se dispone que comete el delito aquel que "a sabiendas" de que una suma de dinero proviene de actividades ilícitas, realice una operación financiera, entre otras, con los propósitos ahí mencionados, ahora bien "En la actualidad el sistema financiero [mexicano] se encuentra integrado básicamente por las instituciones de crédito y los intermediarios financieros no bancarios, que comprenden a las Compañías Aseguradoras y Afianzadoras, Casas de Bolsa y Sociedades de Inversión, así como las organizaciones auxiliares del crédito." (2)

El maestro Acosta Romero, apunta que si se parte del concepto amplio de lo que puede ser el Sistema Financiero Mexicano, considerando todas las actividades que de alguna manera se realizan en ésta área económica se debe concluir que existen cuatro grandes sectores:

- 1.- Los 18 bancos múltiples que prestan el servicio de banca y crédito y que serán Sociedades Anónimas.
- 2.- Los bancos de desarrollo que también son banca múltiple y que conservan la mayoría del capital por parte del Estado.
- 3.- Los grupos Financieros que se organicen en los términos de la ley para regular las Agrupaciones Financieras.
- 4.- Las demás organizaciones auxiliares ya sea que se definan por alguna ley o no, pero que actúan en ésta área económica.

Ahora bien, que representa en sí una operación financiera, a que se refiere el C.F.F. cuando dice llevar a cabo una operación financiera; En la ley general de Instituciones de Crédito y

Organizaciones Auxiliares que fue abrogada por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de 1985, se disponía en su artículo segundo que las concesiones otorgadas por el Gobierno Federal para dedicarse al ejercicio de la banca y crédito, se referían a uno o más de los siguientes grupos de operaciones: I. Depósito, II. Ahorro, III. Financieras, IV. Hipotecarias, V. Capitalización, VI. Fiduciarias y VII. Múltiples; Dentro de éstas operaciones financieras se contemplaban entre otras: Promover la organización o transformación de toda clase de empresas o sociedades mercantiles, suscribir o colocar obligaciones emitidas por terceros, hacer servicio de caja y tesorería, efectuar operaciones con divisas, otorgar préstamos y créditos para la adquisición de bienes de consumo duradero, etc; por lo que se podía deducir que operaciones financieras eran todas aquellas que se llevaban a cabo de acuerdo a la ley mencionada en sus respectivos artículos, es de señalarse que en dicha ley las operaciones de depósito, ahorro y múltiples, quedaban excluidas como operaciones financieras según se desprende del texto del artículo 2o de la ley citada, sin embargo el art. 115 bis del C.F.F. aparece con posterioridad a la abrogación de la mencionada ley y se hace referencia a ella por que es la única que contenía una delimitación de lo que era una operación financiera.

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares fue abrogada y en la actualidad es suplida por dos leyes distintas, la Ley de Instituciones de Crédito y la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito; la primera regulará el servicio de banca y crédito y la segunda la estructura y funcionamiento de las Organizaciones Auxiliares del Crédito; en ninguna de éstas leyes se hace mención específica a operaciones financieras, limitandose a las operaciones establecidas en la misma ley, art. 46 de la L. I. C. en donde se contemplan diversas operaciones y el artículo 4o de la L.O.A.A.C., que considera como actividad auxiliar del crédito la Compraventa habitual y profesional de divisas. De todo lo anteriormente expuesto concluimos entonces que una operación financiera es aquella que es llevada a cabo en el seno de cualquiera de los cuatro sectores que integran el Sistema Financiero Mexicano y como tal debe interpretarse en el C.F.F., ya que Financiero es un concepto muy amplio y que puede abarcar todo lo relativo al dinero,; mientras no exista una delimitación específica en cuanto a éstas operaciones financieras, relativa al lavado de dinero, deben entenderse entonces, contempladas todas aquellas realizadas dentro de la actividad bancaria en nuestro país, pero en un futuro habrán de dictarse medidas que delimiten éste concepto en lo que a lavado de dinero se refiere; ya en Estados Unidos existen medidas tendientes a esclarecer éstas dificultades como la enmienda a "El acta de Secreto Bancario", uno de los principales instrumentos legales en ese país contra el lavado de dinero y en el cual se contempla que todos aquellos comerciantes que vendan bienes de alto valor, sean considerados como "Instituciones Financieras" y por lo tanto esten obligados a dar aviso a la autoridad de sus transacciones, en virtud de la gran cantidad de dinero que actualmente se lava a través de éstos negocios.

Las operaciones jurídicamente posibles de llevar a cabo dentro de éstos cuatro sectores del sistema financiero son muchas por lo que hay que analizar la estructura y funcionamiento de la actividad bancaria, principalmente, para tener un panorama general y comprender dichas operaciones que son utilizadas muchas veces con el propósito de lavar dinero.

Dentro de los sectores que comprende el Sistema Financiero Mexicano, se encuentra la actividad bancaria; en el artículo 10 de la Ley de Instituciones de Crédito vigente se define lo que es el sistema bancario mexicano: "El sistema bancario mexicano estará integrado por el Banco de México, las Instituciones de Banca Múltiple, las Instituciones de Banca de Desarrollo, el Patronato del Ahorro Nacional y los Fideicomisos Públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico, así como aquellos que para el desempeño de las funciones que la ley encomienda al Banco de México, con tal carácter se constituyan.

La actividad bancaria y de crédito es de suma importancia en la actualidad, su esencia es la captación de fondos de quien los posee para derivarlos a quienes los necesitan y de acuerdo a las tendencias señaladas por las autoridades hacendarias; es también una actividad que abarca diversas facetas importantes en su desarrollo y que involucran una serie de Ciencias, Técnicas y Métodos como la Contabilidad, La Computación, La selección, formación y desarrollo de su personal, los Usos Bancarios y sin duda, su estructura Jurídica, pues ésta da las bases de organización y establecimiento de sus Instituciones, regula su actividad, se conciertan sus operaciones y se establecen sus derechos.

Los ordenamientos legales que estructuran y regulan el Sistema Bancario Mexicano son:

- Ley para regular las Agrupaciones Financieras.
- Ley de Instituciones de Crédito.
- Ley reglamentaria del Servicio de Banca y Crédito.
- Ley General de Organización y Actividades Auxiliares del Crédito.
- Ley Orgánica del Banco de México.
- Ley del Mercado de Valores.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Por otro lado, el presente trabajo no pretende analizar en forma global el Sistema Bancario Mexicano, tarea que resultaría harto difícil, sino establecer un panorama general de las operaciones con dinero o valores que se llevan a cabo ante éstas instituciones para lavar dinero, por lo que hablaremos únicamente de las operaciones de la banca múltiple, establecida a partir de junio de 1990 como consecuencia del procedimiento relativo a la privatización de 18 bancos múltiples, los bancos de desarrollo, Agrupaciones Financieras y las Organizaciones Auxiliares.

LA BANCA MULTIPLE

La banca múltiple se encuentra contemplada en la Ley de Instituciones de Crédito, la cual dice en su artículo 10, que tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito, entendiendo al mismo como "la captación de recursos del público en el mercado nacional, para su colocación en el público mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados."

En un principio en el servicio de banca y crédito en nuestro país, se estableció una separación y especialización que consistía en la prohibición de la operación de dos o más tipos de instituciones de crédito distintas, al amparo de una misma concesión, sistema que se estableció en los ordenamientos de 1924, 1926, 1932 y 1941; sin embargo en el transcurso de los años éste sistema no tuvo una aplicación práctica ya que a final de cuentas, éstas instituciones que desempeñaban actividades distintas eran controladas por un solo grupo financiero con los mismos administradores, por lo que reconociendo una realidad, vino la reforma de 1975 a la ley bancaria introduciendo legalmente el sistema de Banca Múltiple "...ésto es, Instituciones (una sola persona jurídica), que opere toda la gama de instrumentos de captación de ahorro público, así como en toda la amplitud de plazos y mercados, ofreciendo a su clientela servicios integrados, no solo en cuestiones crediticias, sino también en servicios bancarios conexos".(3)

Se permitió a las Instituciones existentes, que se fusionaran y abarcaran todos los servicios, siendo omisos respecto a si se permitía la creación de Nuevas Instituciones que prestaran el servicio de banca múltiple con una nueva concesión, situación que se remedió en la reforma de 78, otorgando dicha autorización.

Para el maestro Acosta Romero, éste cambio es de los más importantes en el sistema bancario mexicano ya que evolucionó a las Instituciones de Crédito y dió un nuevo dinamismo al concepto de banca y crédito en nuestro país; para el citado autor las principales ventajas de la banca múltiple o integral son: El fortalecimiento de la función bancaria, el principio de competencia sana y equilibrada entre las Instituciones, robustecimiento del desarrollo regional y fomento del ahorro interno, etc.

"La banca múltiple puede ser definida como una Sociedad Anonima [de capital fijo], a la que el Gobierno Federal por conducto de la S.H.C.P., le ha otorgado autorización (a partir de julio de 90), para dedicarse al ejercicio habitual y profesional de banca y crédito en los ramos de depósito, ahorro, financiero, hipotecario, fiduciario y servicios conexos."(art. 2 y 8 de la L.I.C.)

Estas sociedades deben constituirse de acuerdo a la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que la legislación mercantil tiene aplicación supletoria a la banca, además de los requisitos establecidos en la propia Ley de Instituciones de Crédito.

En términos generales, las operaciones que se pueden llevar a cabo dentro de la banca múltiple, están contempladas en el art. 46 de la L.I.C. y que son:

I. Recibir depósitos bancarios de dinero:

- a) A la vista
- b) Retirables en días preestablecidos
- c) De ahorro, y
- d) A plazo o con previo aviso

II. Aceptar préstamos y créditos

III. Emitir bonos bancarios

IV. Emitir obligaciones subordinadas

V. Constituir depósitos en Instituciones de crédito e Instituciones fiduciarias del exterior

VI. Expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito en cuenta corriente.

I. DEPOSITOS: El depósito bancario de dinero se encuentra contemplado en el artículo 267 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito como: El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o extranjera o en divisas, transfiere la propiedad al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie; su fundamental actividad es la captación de recursos a la vista, en cuentas corrientes de cheques, cuentas maestras y de certificados de depósito bancario de dinero a plazos. Este tipo de operaciones son en opinión del maestro Acosta Romero, las de mayor volumen que realiza la banca en nuestro país y sin duda la más utilizada con el propósito de lavar dinero.

- La Cuenta de Cheques: En los depósitos a la vista, en cuentas de cheques, el depositante tiene derecho a hacer libremente remesas en efectivo para abono de su cuenta y a disponer total o parcialmente de la suma depositada, mediante cheques girados a cargo del depositario. (art. 269, L.G.T.O.C.); haciendo a un lado la discusión doctrinaria de la naturaleza del contrato de cheque, diremos que es una operación mediante la cual el librado (que en nuestra legislación solo puede ser una Institución Bancaria), autoriza al librador, a que con cargo a los depósitos de éste, disponga de dicha cuenta mediante cheques.

La cuenta de cheques solo puede ser abierta por personas con capacidad de ejercicio y el titular de la cuenta puede autorizar a una o varias personas para que dispongan de la misma.

-Los depósitos a la vista y retirables en días preestablecidos y los de ahorro, están sujetos a las condiciones establecidas por la Institución bancaria conforme a las disposiciones aplicables, es

decir, solo podrá disponerse de éste depósito total o parcialmente en fechas previamente acordadas por el depositario y depositante y de acuerdo a las políticas establecidas por el banco con apego a las disposiciones existentes, situación igualmente aplicable a los depósitos de plazo fijo en los que el retiro se hace únicamente en la fecha pactada con la posibilidad de redepositar, en cuanto a los depósitos con previo aviso, es necesario hacer del conocimiento a la Institución del retiro antes de efectuarlo en un término pactado entre ambos y a falta de éste pacto la ley establece como término, un día hábil anterior a la operación.

- Los depósitos de ahorro son depósitos bancarios de dinero con interés capitalizable y podrán ser abiertas en favor de menores de edad, su control se lleva a cabo mediante una libreta que proporciona la Institución Bancaria y donde se anotarán los depósitos y los retiros de la cuenta, pudiendo solo el representante del titular hacer retiros, tratándose de cuentas a favor de menores de edad.

Los depósitos bancarios de dinero en efectivo son la actividad más común de la banca y la más utilizada para "lavar dinero", de hecho, en nuestra opinión pensamos que los depósitos de dinero en cuentas bancarias son un común denominador en la etapa de "la colocación" en el lavado de dinero; actualmente se lava dinero de muchas formas, se puede trasladar de un país a otro convirtiendo el efectivo en varios tipos de moneda o se puede hacer mediante la compraventa de bienes de alto costo o inclusive utilizando las exportaciones e importaciones, sin embargo existe la constante necesidad de reciclar el dinero, de separarlo de su origen ilícito, como ya se dijo de realizar operaciones complejas para disfrazar su origen y es ahí donde siempre se utiliza el depósito de cuenta bancaria ya sea para reutilizarlo en un negocio donde concurren fondos legítimos e ilegítimos o para la "integración" o en la mayoría de las veces transferirlo a otras cuentas para disponer de él, de ahí que es importante poner gran atención en éste tipo de operaciones, el elaborar una ley que contemple la situación antes mencionada es una tarea con muchos obstáculos ya que como se ha dicho es una operación muy recurrida y el ponerle demasiadas cargas puede resultar contraproducente para la legítima actividad bancaria en nuestro país, pues crearía un panorama de incertidumbre y desconfianza en aquellos usuarios que invierten y le confían a la banca sus fondos; aunque es una operación muy recurrida para lavar dinero, en comparación, es mayor la actividad bancaria legítima que la que se utiliza para el lavado, por lo que hay que manejar con mucha precaución la regulación respecto de dichas operaciones; en la actualidad y con el objeto de tener un mayor control de su clientela las Instituciones bancarias establecen ciertos requisitos para abrir cuentas de cheques y entre los más importantes está la plena identificación de la persona que va a utilizar la cuenta, con identificaciones oficiales si se trata de personas físicas o el acta constitutiva de la persona moral, pero ésta identificación no debe de quedar ahí, sino que la Institución deberá realmente "conocer a su cliente", es decir, tener conocimiento de su actividad, los movimientos de dinero que regularmente realiza y

la frecuencia de los mismos, para ésto es necesario un programa tendiente a la capacitación del personal que maneja dichas cuentas y a propiciar un acercamiento entre el cliente y el banco situación muy viable en la actualidad por la cantidad de sucursales bancarias disponibles para los usuarios y que hacen posible la especialización en el manejo de las cuentas sin olvidar la adecuación de dichos programas a lo relativo al secreto bancario y que será tratado más adelante.

II. ACEPTAR PRESTAMOS Y CREDITOS: El artículo 291 de la L.G.T.O.C., dice que: "En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen." La misma ley de Títulos establece que éstos créditos se pueden constituir con garantía personal o real; en la actualidad existe una gran diversidad de créditos como el de habilitación y avío, el hipotecario, el crédito para la compra de bienes de consumo duradero, etc.

Este tipo de operaciones puede ser utilizado con mucha efectividad para lavar dinero pues establece una razón lógica para que un individuo o una empresa tengan disponibles altas cantidades de dinero, es una perfecta forma de justificar la situación acomodada y es muy difícil para la autoridad detectar la procedencia ilegítima de los fondos, sin embargo tiene una gran dificultad, es necesario siempre tener la complicidad de la Institución Bancaria ya que éstos créditos no son pagados por los beneficiados en virtud de que solo es una simulación de un crédito, es decir, se extiende el crédito pero con fondos del propio beneficiario y la operación solo se utiliza como disfraz para ocultar su procedencia, para detectar y evitar éste tipo de operaciones basta con una adecuada supervisión de las operaciones de ésta naturaleza que la banca lleve a cabo y así la autoridad estará en posibilidad de determinar si el préstamo fue con el objeto de lavar dinero o una operación legítima.

III. EMITIR BONOS BANCARIOS: Los bonos bancarios fueron introducidos a la legislación bancaria en 1971 y se han retomado en la nueva L.I.C., que los define como: Los bonos bancarios y sus cupones serán títulos de crédito a cargo de la Institución emisora y producirán acción ejecutiva respecto a la misma, previo requerimiento de pago ante fedatario público. Se emitirán en serie mediante declaración unilateral de la voluntad que se hará constar en la Comisión Nacional Bancaria, deben de contener: la mención de ser bonos bancarios, lugar y fecha de suscripción, nombre de la emisora, importe de la emisión, el tipo de interés, los plazos, condiciones, forma y lugar de pago. La emisora mantendrá los bonos en alguna de las instituciones para el depósito de valores regulada en la Ley del Mercado de Valores, entregando constancias de ello.

Para lavar dinero a través de ésta operación basta adquirir con "dinero sucio" dichos bonos y cobrar su importe con posterioridad tal vez el inconveniente será el plazo que es necesario esperar para disponer de las cantidades que dichos bonos representan pero puede ser muy útil para quien realiza lavado de dinero ya que son adquiridos mediante alguna empresa y generalmente no causan sospecha por lo que su control deberá quedar en los avisos que las Instituciones den a las autoridades, tema que será tratado como conclusión al presente capítulo.

IV. EMITIR OBLIGACIONES SUBORDINADAS: Es una figura que se lleva a cabo para conservar la viabilidad de las empresas, se da cuando una empresa tiene varios acreedores de cualquier naturaleza y a falta de capital tiene la necesidad de contratar un crédito de terceros para continuar con la empresa, éste tercero otorga el crédito pero con la condición de que aunque sea un crédito posterior tenga preferencia en el pago respecto de los anteriores acreedores, "A ésto se le llama en el derecho Anglosajón: subordinar los créditos anteriores a cargo del deudor común a un crédito nuevo preferente".(4) En nuestro derecho se introdujo en la reforma de 1981 a la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares; a la banca múltiple se le permitió emitir las mencionadas obligaciones para que "la deuda derivada de esas obligaciones, sea computable para efectos de la capacidad de operación como complemento de su capital neto."(5)

Desde nuestro punto de vista las anteriores operaciones no tienen aplicación práctica para lavar dinero debido a su propia naturaleza y a la característica del tiempo que ha de pasar para recuperar la cantidad que el bono representa.

V. CONSTITUIR DEPOSITOS EN EL EXTERIOR: Esta facultad que tienen las Instituciones de Crédito les permite invertir e intervenir en los mercados mundiales y sus sistemas bancarios, desde nuestro punto de vista ésta operación podría ser utilizada por las propias Instituciones Bancarias que lleven a cabo operaciones de lavado de dinero y constituyan depósitos en el exterior para a su vez lavar el dinero que la mencionada actividad les represente, es necesario hacer mención que en nuestro país y debido al reducido número de Instituciones Bancarias que existen, en comparación con otros países, es muy difícil que éstas se involucren en lavado de dinero a gran escala, sin embargo la posibilidad esta latente y no hay que pasarla por alto, habrá que trabajar en acuerdos Internacionales y el intercambio de información entre los países para regular estos depósitos y evitar el lavado en gran escala.

VI. LAS TARJETAS DE CREDITO: Es una variante del Crédito y es usado en la actualidad en gran escala siendo una característica de modernidad y un "impulsor económico" para el maestro Acosta Romero, sin duda puede ser utilizada para lavar dinero ya que se obtienen bienes que se pueden disfrutar o revender y que posteriormente serán pagados con dinero sucio, desde nuestro punto de vista no es muy utilizado en virtud de que normalmente las cantidades de dinero que se lavan son muy grandes y con la tarjeta de crédito solo se pueden lavar cantidades menores de dinero por lo que tal vez únicamente sea utilizada por personas que obtengan ganancias menores producto de sus actividades ilícitas.

LA BANCA DE DESARROLLO

Las bancas de desarrollo o Sociedades Nacionales de Crédito son instituciones que prestan el servicio de banca y crédito, son entidades de la Administración Pública, tienen personalidad jurídica y patrimonio propio y se constituyen de acuerdo a su Ley Orgánica y a la L.I.C; su capital social está representado por títulos que se llaman Certificados de Aportación Patrimonial y se dividirán en dos series: La serie "A" que será en todo momento el 66 por ciento del capital de la sociedad y que solo podrá ser suscrita por el Gobierno Federal y la serie "B" que representará el 34 por ciento restante y de las cuales ninguna persona física o moral podrá tener más del 5 por ciento del capital pagado.

Son Instituciones de banca múltiple y por lo tanto prestarán los mismos servicios, aunque tienen un objetivo más específico que aquella, que es el otorgar apoyos financieros a determinados sectores de la producción y órganos del Gobierno Federal, para lo cual fueron creadas y sus programas deberán formularse de acuerdo al Plan Nacional de Desarrollo.

En cuanto al tema que nos ocupa es preciso decir que la actividad de lavar dinero puede llevarse a cabo dentro de las Sociedades Nacionales de Crédito en virtud de que prestan el mismo servicio que la Banca Múltiple, por lo que es aplicable lo ya expuesto con anterioridad en éste capítulo.

LAS AGRUPACIONES FINANCIERAS

La separación de diversos tipos de actividad bancaria, sistema al que se conoció como "especialización de las operaciones" y que se dió en nuestro país a partir de la ley de 1925 dio lugar a la necesidad de las distintas Instituciones que operaban en diversas áreas, a complementar sus servicios, dándose una estrecha relación entre ellas e incluso que unas promovieran la organización de otras; a la existencia de éstos tipos de grupos se le conoció como filiales, sistemas, grupos, etc; en el derecho extranjero, concretamente el anglosajón se les denomina *trust* o *holding* y más recientemente en Estados Unidos "Conglomerado".

"En términos generales cuando una empresa tiene en su poder acciones de las empresas agrupadas, surge lo que se conoce con el nombre de *Holding Company*, caracterizada por tener su capital constituido por las acciones de las empresas unidas, o bien como empresas que permanecen exterior y jurídicamente independientes y forman, sin embargo, una unidad económica y se encuentran sometidas a una dirección única."(6)

A pesar de que éste tipo de agrupaciones se dió en la práctica desde hace ya algún tiempo y de que existían diversas disposiciones fiscales que de alguna manera regulaban su actividad, no es sino hasta 1990 que se publica la Ley para regular las Agrupaciones

Financieras que se les otorga pleno reconocimiento, la ley reconoce su existencia y sobre todo dicta las bases de su organización y funcionamiento. Se establece el requisito de autorización de la S.H.C.P., para su constitución y su funcionamiento y deberán estar integrados por: 1.- Una sociedad controladora y,

2.- Por alguna de las entidades financieras siguientes: (Art. 7o L.R.A.F.)

- a) Almacenes Generales de Depósito
- b) Arrendadoras Financieras
- c) Casas de Bolsa
- d) Casas de Cambio
- e) Empresas de Factoraje Financiero
- f) Instituciones de Banca Múltiple
- g) Instituciones de Fianzas
- h) Instituciones de Seguros y
- i) Sociedades Operadoras de Inversión

Además en el propio artículo 7o de la citada ley se menciona que como mínimo cada grupo contará con tres de las entidades financieras antes citadas, asimismo en el artículo 8o se les autoriza a: actuar de manera conjunta frente al público, ofrecer servicios complementarios, usar denominaciones iguales o semejantes y llevar a cabo operaciones de las que le son propias a través de oficinas y sucursales de atención al público de otras entidades financieras integrantes del grupo, de conformidad con las reglas generales que dicte la S.H.C.P.

Ahora bien, ninguno de éstos grupos financieros lleva a cabo por sí mismo operaciones financieras, quienes lo hacen son sus filiales, estos grupos son controladores de las instituciones que forman parte del "conglomerado", por lo que no realizan directamente operaciones que pudieran tener el propósito del lavado, sin embargo mucho se puede hacer en contra de ésta actividad en el seno de éstas agrupaciones ya que como principal característica tienen que la dirección de las Instituciones es común, por lo que existe la posibilidad de compartir información así como la de dictar medidas y establecer políticas de diversa índole para atacar ésta actividad como lo puede ser un minucioso control interno de las operaciones que realizan, la capacitación del personal y los programas de acercamiento al público usuario, sin olvidar la necesidad de utilizar la avanzada tecnología que actualmente existe que además los ayudará a consolidarse como grupo frente a agrupaciones de otros países.

LAS ORGANIZACIONES AUXILIARES

La Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito considera como tales a: Almacenes Generales de depósito, Arrendadoras Financieras, Sociedades de Ahorro y Préstamo, Uniones de Crédito, Empresas de Factoraje Financiero y las demás que otras leyes consideren como tales dentro de las que se encuentran las Casas de Bolsa y Casas de Cambio.

Los Almacenes Generales de Depósito

Los almacenes generales de depósito son "Entidades o empresas, por lo común en forma de sociedades, que tienen por objeto esencial la custodia de las mercancías y frutos, cualquiera que sea el país de donde provengan y a aquel a que estén destinados; presentando, además, de la ventaja de la custodia, la de estar representadas las mercancías por títulos llamados certificados de depósito y bonos de prenda, que aseguran el tráfico sobre mercancías que pasan idealmente de mano en mano, sin la necesidad de la entrega material de ésta."(7) También podrán realizar la transformación de las mercancías depositadas a fin de aumentar el valor de éstas, sin variar esencialmente su naturaleza (art. 3o L.G.O.A.A.C.).

Los almacenes generales podrán también: Prestar servicios de transporte de bienes o mercancías, siempre que les estén o vayan a estar confiados, Certificar la calidad de los bienes, Anunciar la venta de los bienes y mercancías depositadas y Empacar y envasar los bienes recibidos.

En nuestro país aparecieron éstos almacenes por primera vez en 1837 y se les denominó Almacenes Fiscales y recibían la mercancía de la cual no se habían pagado los impuestos correspondientes, en la actualidad subsisten éstos tipos de almacenes, sujetos a la L.T.O.C. y a la Ley Aduanera.

Los almacenes Generales de Depósito, no captan recursos del público ni son intermediarios del crédito, su función es únicamente la guarda y conservación y en algunos casos, la transformación de los bienes, sin embargo hay que decir que puede, la de depósito, ser una operación muy concurrencia para el lavado de dinero ya que por la mercancía recibida se extiende un certificado, títulos de crédito, que circulan y pueden ser negociados o transferidos por endoso, cesión ordinaria de derechos e incluso circulación cambiaria, por lo que para lavar dinero basta con depositar bienes que sean producto de alguna actividad ilícita o comprados con dinero sucio y con posterioridad negociar el certificado de depósito obteniendo así la ganancia y efectuando las etapas de "disposición" y "colocación", bastando únicamente reciclar el dinero obtenido a través de un negocio con el objeto de la "integración", el depósito bancario de dinero les está expresamente prohibido (art. 23, fracc. III L.G.O.A.A.C.) por lo que no podrán tomar en su custodia cantidad alguna de dinero, situación que sería muy propicia para la actividad de lavado.

Es de suma importancia señalar que en el art. 115 bis del C.F.F., se contempla que entre las operaciones que se pueden llevar a cabo con el propósito de lavado se encuentra expresamente la de Depósito, asimismo en la fracción II del artículo en cuestión se tipifica el hecho de que se transporte, transfiera o transmita, la

suma de dinero o bienes mencionados, ahora bien dentro de las facultades de los Almacenes Generales de Depósito se encuentra la de transportar bienes a petición del depositante, lo anterior puede resultar de mucha utilidad para quien lava dinero sobre todo en la etapa de la "disposición", ya que en ésta etapa se dispone físicamente del producto de la actividad ilícita, que en éste caso serán bienes tangibles o comprados con dinero sucio y mediante éstos almacenes pueden ser llevados a distintos lugares donde se realizará la "colocación", con la ventaja de las mínimas sospechas que estos transportes despiertan; relevante también resulta lo consignado en el último párrafo del 115 bis, que tipifica las operaciones ya señaladas pero con bienes que ya hayan sido identificados por la autoridad o tribunales como ilícitamente obtenidos, y que tengan el propósito de ocultar su naturaleza, origen, destino o localización; mediante la transportación de los mencionados bienes, se puede inclusive llevarlos al extranjero, haciendo muy difícil para la autoridad su localización, sin pasar por alto el hecho ya señalado y que se pudiera dar cuando se depósite uno de éstos bienes ilícitamente obtenidos y que ya estén localizados por la autoridad, procediendo con posterioridad a negociar con un tercero, el certificado de depósito, obteniendo así una ganancia de un bien que ya se había detectado como ilícitamente habido por una autoridad o tribunal.

Los Almacenes Generales de Depósito no están sujetos a lo que se conoce como secreto bancario y que será tratado más adelante, por lo que la regulación tendiente a evitar el lavado de dinero a través de éstas Instituciones se puede basar en la obligación de información que las mismas den a la autoridad de las operaciones que realizan, un escrutinio, por parte también de la autoridad, de los transportes que lleven a cabo y una regulación coherente respecto de la negociación que con los certificados de depósito, realicen sus tenedores, en la que se tendrá que contemplar la intervención de un organismo público en las mencionadas transacciones. Todas las operaciones que se efectúen, relativas al depósito de bienes o mercancías y que representen altas cantidades o sean sospechosas de acuerdo a la información que de sus clientes tengan los almacenes o por tratarse de la primera vez que determinada persona realice la transacción, deberán ser enteradas a la autoridad competente; una vez más nos encontramos ante el problema y molestia que éstas inspecciones puedan ocasionar a las personas que habitualmente utilicen éste servicio, sin embargo la solución a éste conflicto no está en dictar medidas que sean de nula aplicación práctica o con diversas lagunas, que dejen corto el intento de atacar el lavado de dinero, de ahí que tendrá que buscarse una regulación acorde, que sea resultado de una evaluación general de la estructura y funcionamiento de las Instituciones en cuestión, en donde se oiga su opinión y la del público usuario y principalmente basandose en la tecnología con que se cuente sobretodo en lo que a recopilación de información se refiere, pero que sea directa y enérgica contra la actividad de lavado de dinero.

Arrendadoras Financieras

Se encuentran definidas por el artículo 25 de la L.G.O.A.A.C., que textualmente dice: " Por virtud del contrato de Arrendamiento Financiero, la arrendadora financiera se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, a una persona física o moral, obligandose ésta a pagar como contraprestación, que se liquidara en pagos parciales, según se convenga, una cantidad en dinero determinado o determinable, que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios, y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales a que se refiere el art. 27 de esta ley".

Estas opciones terminales son concretamente tres: a) Opción a compra a un precio simbólico, es una especie de derecho del tanto respecto de la compra del bien arrendado y en virtud de que al término del contrato ya se han pagado las erogaciones realizadas por la arrendadora y sus accesorios, el precio resulta simbólico en comparación a los precios del mercado; b) Opción de renovación del contrato a rentas reducidas, en éste caso el arrendador puede pactar un nuevo plazo en el contrato y por la razón antes expuestas las rentas serán reducidas y que como apunta el maestro Acosta Romero, en su conjunto representan el precio simbólico más los intereses, normalmente al finalizar éste segundo plazo se estipula que el bien pasa a propiedad del arrendatario sin necesidad de ningún nuevo pago; y c) Opción de participación en las utilidades a la venta del equipo, que generalmente representan entre el 75% y el 85% del producto de dicha venta.

El origen de éstas instituciones se encuentra en los Estados Unidos, país donde es extensamente utilizado éste contrato y es conocido con el nombre de *leasing*, y fue utilizado por la compañía telefónica Bell Telephone, que en vez de vender sus aparatos telefónicos a los usuarios se los arrendaba; posteriormente los bancos obtuvieron la autorización para prestar éste servicio con la única condición que debían adquirir el bien a petición del interesado y no tenerlos almacenados hasta que se presentara el arrendatario.(8)

Respecto a la naturaleza del contrato, existen diversas opiniones como la que lo considera un financiamiento que es una variante del arrendamiento, la que lo considera como una venta condicionada o que es un contrato *sui generis*, sin embargo nosotros consideramos, basandonos en lo expuesto por el maestro Acosta Romero, que en esencia es una apertura de crédito con ciertas modalidades en cuanto a su disposición y destino, con una gran ventaja y que es el hecho que el arrendamiento financia el 100% del valor del equipo, en comparación con otras operaciones que solo financian una parte de él. En nuestro país no se requería de concesión o autorización para dedicarse al arrendamiento financiero sino hasta el 30 de diciembre de 1981 que se reformó la L.I.C.O.A., por lo que diversas sociedades anónimas funcionaron como tal hasta ésta fecha; dichas Instituciones quedaron también reguladas por la vigente Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito en sus artículos 24 a 38.

De las operaciones que éstas Instituciones pueden realizar se encuentran principalmente: a) Adquirir bienes para darlos en arrendamiento financiero, b) Adquirir bienes del futuro arrendatario, con el compromiso de darlos a éste en arrendamiento financiero, c) Obtener préstamos y créditos de Instituciones de crédito y d) Las demás que ésta u otras leyes les autoricen.

Respecto del tema que nos interesa consideramos que poca actividad de lavado de dinero se puede dar en el seno de éstas Instituciones, no tanto por que no sea factible desarrollar una operación con ese propósito, sino por las características de la misma, que hacen poco atractivo el uso de éstos contratos, es decir, teóricamente al convertirse en arrendatario de un bien adquirido a través de arrendamiento financiero se pueden cubrir sus parcialidades con dinero sucio, pero prácticamente no resulta tan operable porque normalmente se trata de lavar cantidades altas de dinero y éste contrato no ofrece ésta ventaja, por otro lado normalmente se busca con el lavado de dinero, reciclar el efectivo para disponer de él en cuentas bancarias o reutilizarlo para fomentar la actividad ilícita que produce las ganancias, resulta, desde nuestro punto de vista, poco atractivo el adquirir bienes para transcurrido un largo plazo venderlos porque los hace vulnerables a su detección y es un bien del que no se puede disponer de manera inmediata, sin embargo no se debe pasar por alto que una arrendadora financiera puede constituirse con el propósito de realizar ella misma las actividades de lavado, pudiendo ser una manera de hacerlo la siguiente: una vez que se hayan hecho depósitos de dinero sucio en sus cuentas bancarias se utilizan éstos fondos para comprar un bien que será objeto de un contrato de arrendamiento financiero y canalizar mediante depósitos u otras operaciones el capital que se utilizaría para comprar el mencionado bien a las cuentas de quien suministró los fondos "sucios"; tal vez en nuestro país no sea tan viable que ésta situación se dé debido al no muy elevado número de arrendadoras, la concentración de éstas en los centros urbanos más importantes del país y que hace muy apropiada la Inspección y control que se tiene de ellas, además de que en su mayoría pertenecen a Grupos Financieros con cierto prestigio en el país, pero no olvidar que muchas veces éstas operaciones se pueden llevar a cabo por funcionarios menores y medianos que tengan bajo su control las operaciones de arrendamiento financiero y que realicen la actividad ilícita a espaldas de la dirección de éstas Instituciones.

Por lo tanto consideramos que aunque prácticamente no sea muy recurrida ésta operación o ésta Institución para lavar dinero, no debe quedar excluida de una regulación y observancia respecto de sus actividades, mediante la imposición de la información que de las operaciones de altas cantidades tengan que dar a la autoridad así como de aquellas que resulten sospechosas y una vigilancia respecto de sus controles internos y de las operaciones ante Instituciones de crédito, que expresamente les están autorizadas en las fracciones IV, V, VIII y IX del artículo 24 de la L.G.O.A.A.C.

Las Uniones de Crédito

Las uniones de crédito nacen en Alemania en donde el crédito era un beneficio que se limitaba a comerciantes o industriales organizados dejando a un lado a los agricultores quienes tenían dificultades para obtener el crédito, debido a lo anterior Hernan Schultze y Federico Guillermo Raiffeisen, agruparon principalmente a los agricultores para tener acceso al crédito. (9)

En México legalmente aparecen hasta la L.I.C. de 1932, y actualmente están contempladas en la L.G.O.A.A.C. vigente; deberán ser sociedades anónimas de capital variable y con modificaciones especiales que establece el artículo 41 que dice que el número de socios será fijado por la Comisión Nacional Bancaria pero que no será menor de veinte y pueden ser personas físicas o morales y su capital mínimo será establecido por la S.H.C.P., existen cuatro clases de Uniones de Crédito que son la agropecuaria, la industrial, la comercial y mixta y por lo tanto las operaciones que realicen estará circunscritas al ramo que pertenezcan, en términos generales estas operaciones pueden ser: a) Facilitar el uso del crédito a sus socios y prestar garantía o aval en los créditos que éstos contraigan, b) Recibir exclusivamente de sus socios, préstamos a título oneroso incluyendo sus accesorios, c) Recibir de sus socios, para el exclusivo objeto de servicios de caja y tesorería, depósitos de dinero y cuyos saldos podrán ser depositados en Instituciones de crédito, d) Encargarse de la venta de los frutos o productos obtenidos o elaborados por sus socios y, e) Las demás que a juicio de la Comisión Nacional Bancaria sean conexas de las operaciones anteriores.

Dada la naturaleza y funcionamiento de la Uniones de Crédito, dudamos que éstas puedan utilizarse para lavar dinero, manteniendo el criterio ya expuesto de que esto se debe a la poca utilidad práctica y no a que no se pueda elaborar un esquema de lavado dentro de sus operaciones, muchos de éstos socios de las Uniones pueden ser personas morales utilizadas para disfrazar la verdadera actividad ilícita de un delincuente y utilizar la unión para reciclar sus fondos, por lo que es necesario también una regulación sobre todo en lo que respecta a la información que de sus socios tenga la propia Unión y de los avisos que den respecto de las operaciones, sobre todo crediticias que los mencionados socios realicen; es importante resaltar que aunque alguna Institución no sea considerada como utilizable para lavar dinero, no se debe por esto pasar por alto su regulación ya que en un futuro las regulaciones a otras Instituciones de Crédito y auxiliares puede traer como consecuencia la utilización de aquellas que no sean consideradas preponderantemente "lavadoras".

El Factoraje Financiero

Figura nacida en Inglaterra y que es conocida con el nombre de *factoring*, en México es una figura relativamente reciente y que no

estaba contemplada por la legislación ni sujeta a revisión por la S.H.C.P., en virtud de que su operación ha avanzado en nuestro país, se incluyó en la L.G.O.A.A.C. vigente en el año de 1990 agregándole un capítulo a la mencionada Ley.

La ley define al contrato de factoraje como: "Por virtud del contrato de factoraje, la empresa de factoraje financiero conviene con el cliente en adquirir [con una contraprestación] derechos de crédito que éste tenga a su favor por un precio determinado o determinable, en moneda nacional o extranjera, independientemente de la fecha y la forma en que se pague, siendo posible pactar cualquiera de las modalidades siguientes: I. Que el cliente no quede obligado a responder por el pago de los derechos de crédito transmitidos a la empresa de factoraje financiero; o II. Que el cliente quede obligado solidariamente con el deudor, a responder del pago puntual y oportuno de los derechos de crédito transmitidos a la empresa de factoraje financiero".

Los elementos personales de éste contrato son el factorado y el factorante; el factorado es aquella persona física o moral que es vendedor de mercancías o prestador de servicios y establece condiciones de crédito con sus compradores y documenta los mismos con facturas, el factorante es quien otorga crédito al factorado contra la entrega de las facturas y que puede o no asumir el riesgo de la irrecuperabilidad del crédito, normalmente se otorga el crédito por el importe de las facturas y el factorante podrá descontar del crédito las cantidades correspondientes al servicio de cobro y riesgo de no pago de los intereses.

Además de la realización de los contratos de factoraje, éstas empresas pueden realizar entre otras las siguientes operaciones: a) Obtener préstamos y créditos de las Instituciones de Crédito y de seguros del país o de entidades financieras del exterior, para cubrir las necesidades de liquidez relacionadas con su objeto social, b) Constituir depósitos en Instituciones de Crédito así como adquirir valores aprobados por la Comisión Nacional de Valores c) Adquirir acciones de sociedades que se organicen exclusivamente para prestarles servicios, y d) Las demás operaciones análogas y conexas y las que la L.G.O.A.A.C. y otras les autoricen.

No se hace mención específica en la ley de como deberá formarse una empresa de Factoraje Financiero y de hecho la ley la trata como empresa y no como Institución, situación por la cual deberá de aplicarse el artículo 80 de la L.G.O.A.A.C., que dice que las organizaciones auxiliares del crédito deberán ser sociedades anónimas de capital fijo o variable y deberán tener la autorización de la S.H.C.P. para funcionar como tales.

De igual manera que la Instituciones de Arrendamiento Financiero, consideramos que no es muy viable lavar dinero a través de éstas empresas pero es posible que dicha actividad se dé en complicidad con algún funcionario de la propia empresa, otorgando los

créditos propios de su actividad con dinero sucio que previamente le haya sido proporcionado y canalizar los fondos legítimos a quien haya suministrado los aludidos fondos provenientes de actividades ilegítimas, por lo que de igual forma deberán regularse sus balances internos y supervisar sus operaciones imponiendo la obligación de informar de las operaciones de sumas elevadas de dinero o sospechosas; en el artículo 45-s de la L.G.O.A.A.C., se establece ya la obligación de las empresas de factoraje a suministrar al Banco de México la información de carácter general que éste les requiera sobre sus operaciones así como aquellos datos que permitan estimar su situación financiera, información que bien puede ser utilizada, por la autoridad competente, respecto de las actividades de lavado de dinero.

Las Instituciones de Seguros

Vasta es la historia y los antecedentes del Seguro y las compañías de seguros, Los historiadores establecen sus primeros indicios en Babilonia hacia el año 3000 A.C., para el maestro Acosta Romero "...la idea del seguro aparece cuando el individuo advierte la existencia de los riesgos que lo pueden afectar, considera la necesidad de protección de ellos transfiriendo los efectos, bien sea a un grupo organizado para ese efecto, a su previsión y más tarde a las aseguradoras".(10)

En Estados Unidos éste contrato tuvo un gran auge a partir de la primera aseguradora que se creo en el año 1794, en Filadelfia, La Compañía de Seguros de Norteamérica, "en nuestros días, Los Estados Unidos de Norteamérica son la nación con un mayor número de compañías de seguros y asegurados en el mundo". (11)

En México existen antecedentes del seguro desde la Colonia y después de su independencia, los Códigos de Comercio regularon su funcionamiento y hasta la época de Porfirio Díaz se promulgó la primera Ley sobre Compañías de Seguros; en 1935 acorde con la nueva política en materia financiera del Estado mexicano, se publicó la Ley General de Instituciones de Seguros la cual mexicanizó las compañías aseguradoras y a partir de ese momento hubo una dinámica legislativa que produjo una gran cantidad de reformas incluyendo la más reciente de 1990.

La L.G.O.A.A.C, establece que serán Auxiliares del crédito las Instituciones que ella misma enuncia y que ya han sido tratadas y las que otras leyes establezcan, ahora bien no hay en la Ley del Contrato de Seguro ni en la Ley de Instituciones Mutualistas y de Seguros, una disposición que determine que las Compañías de Seguros son Auxiliares del Crédito, de hecho para el maestro Acosta Romero éstas no son intermediarios financieros salvo en aquellos casos del ahorro seguro o seguros dotales que pueden otorgar ciertos rendimientos, sin embargo en la exposición de motivos de las reformas de 1985 a la ley de Instituciones de Seguros, "se conceptúa a la actividad aseguradora como uno de los puntales en la intermediación financiera no bancaria".(12) El único artículo que pudiera sostener el criterio de

que son auxiliares del crédito es el 9o del Reglamento Sobre atribuciones que en materia de seguros realizará la C.N.B.S., que actualmente se encuentra abrogado por lo que queda una laguna respecto al tratamiento que estas Instituciones deban de recibir.

" Por virtud del contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o a pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato". (art. 1o de la Ley Sobre el Contrato de Seguro), a esta eventualidad se le denomina riesgo y a la actualización de la misma siniestro; Las compañías aseguradoras lo que realizan es una estadística de los riesgos y los siniestros que se presentan clasificándolos en diferentes categorías y basándose en lo que se llama la ley de los grandes números, una vez que tienen el promedio de los siniestros que se actualizarán en determinada categoría y en un tiempo dado, y por lo tanto el monto de lo que deberán erogar, prorratan esta cantidad entre las personas que se calcula contratarán el seguro y las cuales aportarán dicha cantidad como pago de su contrato de seguro, a éste pago se le llama prima.

En la actualidad el contrato de seguro ha tenido un gran auge y en virtud de la competencia entre las compañías, también una serie de modalidades de éste contrato que hagan atractivo su contratación, dentro de éstas modalidades está la de los dotales, que son modalidades del seguro y que contemplan, que además del seguro contratado y que cubre el siniestro que se pueda dar, la posibilidad de aportar determinadas cantidades de dinero durante la vigencia del contrato, que son recuperables en determinado tiempo que puede ser de uno, tres o seis meses, junto con sus rendimientos, de aquí que sean considerados como intermediarios financieros pues es necesario que canalicen estos fondos a Instituciones de crédito o auxiliares para obtener ganancias y estar en posibilidades de cumplir con sus obligaciones.

Por su propia naturaleza el contrato de seguro no es un instrumento utilizable para lavar dinero salvo en aquellos casos en que las primas sean adquiridas con dinero sucio pero esto solo en el caso de que se contrate en provecho de la persona que provea éstos fondos y que a nuestro modo de ver no es en sí un esquema de lavado de dinero propiamente pues se pierde el elemento del reciclaje de los fondos, es únicamente obtener un beneficio con fondos ilícitamente habidos, sin embargo con las nuevas modalidades de éstos contratos en los que se pueden retirar los fondos que existan en el contrato, junto con los rendimientos, sí es posible hablar de lavado de dinero ya que no hay límite en éstas aportaciones; se encuentra latente el problema de que la disposición de los fondos no es inmediata y el hecho de que invertir en un dotal no es la más idónea de las operaciones financieras, si así se les considera, para efectuar la "colocación" pues a final de cuentas se recupera una cantidad grande de dinero y por lo tanto es forzoso estar apoyado por una buena estructura en la etapa de la "integración" para disfrazar éstos fondos, pero la ventaja es que la disposición de los fondos sí es mediata y que éstas operación despierta escasas sospechas.

La revista "Money Laundering Alert", que es publicada mensualmente por Alert International, Inc. en Estados Unidos y que es un instrumento que provee información adecuada y en algunos casos oficial acerca de la actividad de lavado de dinero, publica en su ejemplar de agosto de 1991 un artículo en el que habla de las medidas que algunos gobiernos han tomado para con las Compañías aseguradoras y contra de esta actividad, dice ésta revista que las aseguradoras no han sido consideradas como una fuente de lavado de dinero y que en ningún caso de importancia se ha implicado a una aseguradora o a alguno de sus agentes concerniente al lavado de dinero pero que la posibilidad está en las mentes de algunos legisladores; en E.U. las Compañías son consideradas como Instituciones Financieras por el Acta de Secreto Bancario, en Australia se consideran como "manejadores de efectivo", para efectos de la Ley para reportar operaciones con efectivo y la Gran Bretaña ha puesto una advertencia a las aseguradoras mediante un instructivo de 19 páginas llamado "Guidance Notes" (notas directrices), elaborado por el "Grupo conjunto contra el lavado de dinero" y que informa a las compañías lo que constituye una operación sospechosa e inclusive trae un formato para reportarlas a la Unidad Nacional de Inteligencia de Scotland Yard contra la Droga (NDIU); en éste instructivo se mencionan algunos ejemplos de operaciones del contrato de seguro y que pueden implicar lavado de dinero, entre otras están: a) La fuente de los fondos es inconsistente o irregular respecto de la apariencia del cliente, b) Una petición repentina de un cliente para la compra de un contrato a precio global (*lump sum contract*), con alto precio cuando sus operaciones normales son contratos pequeños y en parcialidades, c) El ofrecimiento de pago con un cheque de un tercero, d) Un cliente al que no le interesa el desenvolvimiento de su inversión sino la pronta recuperación de los fondos, e) Un cliente que quiera pagar un contrato global con un giro de dinero o con moneda extranjera, f) Empleados que de repente tienen un pródigo estilo de vida, no toman vacaciones o que repentinamente aumentan considerablemente sus ventas.

De lo anterior se puede observar que no obstante que las aseguradoras no son consideradas como fuente de lavado de dinero, los gobiernos, principalmente aquellos que generan la mayor cantidad de dinero sucio, están preocupados con la posibilidad de que los individuos que realicen éstas operaciones dirijan sus miradas a éstas Instituciones, por lo que dictan una gran cantidad de medidas, ya sea de tipo administrativo o legislativo para reprimir ésta actividad, e inclusive llegan a reclasificar la naturaleza jurídica de algunas Instituciones para efecto de la aplicación de estas medidas en contra del lavado de dinero; en términos generales éstas medidas son aplicables no sólo a compañías aseguradoras sino a muy diversas Instituciones, en cada una de los subtemas tratados en éste capítulo se ha hablado de manera somera de algunas medidas que se pueden tomar y que tienen en común los informes a la autoridad, no hemos querido apuntar alguna conclusión más profunda en cada uno de los mencionados subtemas en virtud de que como ya se dijo las medidas tienen muy poca variación entre una Institución y otra, por lo que hemos considerado conveniente exponer éstas medidas y conclusiones de manera global, por otro lado aclaramos también que éstas medidas son tomadas de

disposiciones de carácter extranjero ya que en nuestro país el C.F.F., únicamente tipifica al delito y establece la pena pero no las medidas tendientes a su prevención así como su investigación y a no ser por el secreto bancario contemplado en la L.I.C., no existe algun instrumento a disposición de la autoridad para investigar el ilícito de que nos ocupamos.

Las Casas de Bolsa

Es incierto el origen de la Bolsa de Valores y la doctrina aún discute este tema, para Acosta Romero el antecedente de esta institución se encuentra en la Ciudad de Brujas, posteriormente con el nacimiento de las sociedades mercantiles por acciones se dió gran impulso a estas organizaciones y en su desenvolvimiento se encuentra como factor determinante la acumulación de capitales a partir del renacimiento y dándose un impresionante auge a partir de finales del siglo XIX y principios del XX; otro factor se encuentra en el hecho de la separación entre la dirección y los accionistas de la empresa que se vino a acentuar con la emisión de acciones sin derecho a voto; Amsterdam, Londres, París, Nueva York y Tokio son las ciudades que primeramente tuvieron bolsas de valores.

En México fue hasta 1880 que se realizaron las primeras operaciones bursátiles, que se llevaban a cabo en locales cerrados y donde se comerciaba principalmente con títulos mineros, pero fue hasta 1916 que se expidió un decreto en el que se permitió la reanudación de las operaciones de cambio que se permitió oficialmente la apertura de una bolsa de valores; La Ley General de Instituciones de Crédito y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 consideraron a las bolsas de valores como auxiliares del crédito y su evolución legislativa culmina con la Ley del Mercado de Valores publicada en 1975 que se encuentra vigente y que no precisa su carácter de auxiliares del crédito.

El propósito de las bolsas de valores es el de facilitar un lugar donde sus miembros se reúnan de una manera regular con el fin de comprar y vender valores a nombre y por cuenta de sus clientes, la bolsa ni compra ni vende éstos valores y tampoco realiza operaciones de crédito por lo que no captan capital o dinero directamente del público, de igual manera no establece los precios de los valores que se cotizan en sus secciones ya que éste proviene de lo que la oferta y la demanda determina, en general la bolsa de valores protege al inversionista de las compañías que pueden incurrir en prácticas fraudulentas y otorga la ventaja de la bursatilidad que representa para los valores, la operación en bolsa, que da la facilidad para comprarse y venderse; respecto al tema que nos ocupa es importante hacer mención que uno de los principios de la operación de las bolsas mundialmente aceptado y que fue adoptado en un principio desde el pasado siglo por las bolsas de Estados Unidos, es el de mantener en el anonimato el nombre de sus clientes, situación de la que nos ocuparemos más adelante.

El régimen legal de las bolsas de valores es de la autorización, anteriormente concesión, y su principal ordenamiento legal la Ley del Mercado de Valores, publicada en el diario oficial el día dos de

enero de 1975; ésta ley regula la oferta pública de valores, la intermediación en el mercado de éstos, las actividades de las personas que en el intervienen, el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y las autoridades y servicios en materia de mercado de valores; en términos de ésta ley son valores las acciones, obligaciones y demás títulos de crédito que se emitan en serie o en masa y que otorguen a sus titulares derechos de crédito, propiedad o de participación en el capital de las personas morales.

En el artículo 4o de la mencionada ley se afirma la existencia de la intermediación en el mercado de valores y se considera a la misma como: a) Operaciones de correduría, de comisión u otras tendientes a poner en contacto la oferta y demanda de valores, b) Operaciones por cuenta propia, con valores emitidos o garantizados por terceros, respecto de las cuales se haga oferta pública, y c) Administración y manejo de carteras de valores propiedad de terceros.

Las bolsas de valores deberán constituirse como sociedades anónimas de capital variable, serán de duración indefinida, el capital social sin derecho a retiro deberá estar pagado íntegramente, el capital permitido en la autorización no será mayor del doble del capital pagado, las acciones sólo podrán estar suscritas por los agentes de valores los cuales podrán tener una sola acción y el número de socios no podrá ser inferior a veinte. (art. 31, L.M.V.) Asimismo tendrán por objeto establecer locales y mecanismos para facilitar las operaciones entre la oferta y la demanda de valores, tener a disposición del público la información sobre los valores inscritos, velar por el estricto apego de las actividades de sus socios a la ley y certificar las cotizaciones en bolsa; por último es conveniente precisar que en nuestro país existe sólo una bolsa de valores.

La intermediación bursátil se realizará exclusivamente por las Casas de Bolsa y que esten inscritas en la sección de intermediarios del Registro Nacional de Valores e Intermediarios que está a cargo de la C.N.V., según dice el art. 12 de la L.M.V., de igual manera la mencionada ley enumera las operaciones que las Casas de bolsa podrán llevar y a cabo y que en términos generales son: a) Actuar como intermediarios en el mercado de valores, en los términos de la presente ley, sujetándose a las disposiciones de carácter general que dicte la C.N.V., b) Recibir fondos por concepto de las operaciones con valores que se les encomienden. Cuando por cualquier circunstancia no puedan aplicar esos fondos al fin correspondiente, el mismo día de su recibo deberán si persiste el impedimento para su aplicación, depositarlos en Institución de Crédito a más tardar el día hábil siguiente, c) Prestar asesoría en materia de valores, d) Con sujeción a las disposiciones de carácter general que dicte el Banco de México: Recibir préstamos o créditos de Instituciones de crédito o conceder préstamos o créditos para la adquisición de valores con garantía de éstos, y e) Las análogas o complementarias de las anteriores y que sean autorizadas por la S.H.C.P.

La L.G.T.O.C., contempla en su art. 259, el contrato de reporto que es un contrato utilizado entre el intermediario y el cliente para la compra y venta de valores, sin embargo la L.M.V., incluye en su capitulado uno destinado a la contratación bursátil y que enumera las reglas a que dicha contratación se deberá de sujetar estableciendo el contrato de intermediación bursátil como el idoneo para tales efectos sin dejar de reconocer la existencia de otras formas de contratación. En virtud del contrato de intermediación bursátil, la casa de bolsa se obliga a efectuar, conforme a las instrucciones del cliente, que recibirá un apoderado designado para tal efecto, las operaciones con el público designado por la propia casa de bolsa y que tendrán como objeto la compraventa de valores, dichas instrucciones pueden ser recibidas telefónicamente, electrónicamente o por cualquier medio de comunicación si así se pacta expresamente, éstas operaciones serán efectuadas obviamente con fondos suministrados por el cliente y cuyo control se llevará a cabo mediante comprobantes que emita la casa de bolsa y que se reflejarán en un estado de cuenta que se enviará al inversionista. Toda la actividad bursátil estará vigilada por la Comisión Nacional de Valores que actuará conforme a las facultades que el artículo 40 de la L.M.V. le otorgue y de acuerdo a las disposiciones que la propia comisión dicte.

Consideramos que las operaciones realizadas mediante casas de bolsa en el mercado de valores es una actividad muy ad hoc para el lavado de dinero ya que representa muchas ventajas para la realización de su esquema, en primer lugar sus operaciones, independientemente de que se consideren financieras o no, son muy adecuadas para la "colocación", pues debido a su complejidad son de gran utilidad para desvincular a éstos de su procedencia ilegítima; en segundo, debido al gran auge del mercado de valores y la intervención de los grandes emporios comerciales en éstos, las cantidades manejadas son muy altas por lo que resulta muy atractiva su utilización ya que de igual manera se pueden lavar grandes cantidades de dinero, despertando poca sospecha, y en tercer lugar respecto a las otras dos fases del esquema de lavado de dinero la "disposición" es fácil de llevar a cabo pues basta con hacer llegar los fondos a las casas de bolsa y que mejor que una empresa que realice operaciones bursátiles para disfrazar la prosperidad en la etapa de la "integración; lo anteriormente expuesto toma grandes proporciones si se toma en cuenta que para realizar las operaciones se pueden dar las instrucciones y suministrar fondos electrónicamente, es decir, con giros de dinero, muy utilizados para el lavado, por otro lado, la propia ley establece la posibilidad de las casas de bolsa de depositar los fondos que por alguna circunstancia no se hayan podido canalizar al mercado, en Instituciones de crédito, operación que muy bien sería utilizada para lavar dinero, es cierto que para que ésta situación se de es necesario que la circunstancia por la que no se invirtió el dinero sea insalvable, pero también lo es el hecho de que con complicidad del propio intermediario desde un principio se invirtiera en determinada operación que se sabe no procederá; además de lo expuesto existe también el principio de mantener en el anonimato a los respectivos clientes, principio sano desde el punto de vista de la intermediación bursátil, pero que representa un atractivo más para operaciones de lavado de dinero, respecto a lo anterior, el artículo 25

de la ley dispone que no se podrá dar noticia de las operaciones que realicen o en las que intervengan, salvo aquella solicitada por autoridad judicial en los procedimientos en los que el cliente sea parte o acusado, o la solicitada por autoridad competente a través de la C.N.V., ahora bien por lo que respecta a la información solicitada por autoridad judicial el precepto es claro, y bien podría solicitarse la misma para el caso de lavado de dinero, en lo que respecta al terreno administrativo, sobre todo en la investigación del ilícito que nos ocupa, creemos que dicho precepto también puede ser utilizado como instrumento contra las actividades de lavado ya que el mismo contempla la posibilidad de que la información sea dada a la autoridad competente, por conducto de la C.N.V., en éste caso la autoridad competente creemos es la Procuraduría General de la República, por ser éste un delito del orden Federal, sin embargo ésta información se otorga sólo cuando la autoridad lo solicita, por lo que es necesario que ya exista una sospecha por parte de la autoridad respecto de una persona o de alguna operación en específico, por lo que consideramos que dicha información deberá ser otorgada sistemáticamente cada vez que exista un cliente o una operación con determinadas características delimitadas por la propia autoridad, las casa de bolsa no darán cuenta a la autoridad de alguna operación que lleven a cabo o de un cliente en particular si no tienen la obligación de hacerlo, ya que perderían confianza entre sus clientes, pero si se establece ésta obligación de manera general a todas las casas de bolsa, posiblemente éste inconveniente sea aminorado. Como una última observación diremos que en un momento dado la concurrencia de fondos legítimos e ilegítimos dentro del mercado de valores podría afectar consirablemente dicho mercado ya que éste vive de la especulación, lícita, de los valores representativos de las empresas y que quien opera con ellos lo hace con determinada información del mercado en general que le da los elementos para considerar las buenas y las malas inversiones y si existen inversiones en un determinado sector con fondos de procedencia ilegítima puede llegar a desbalancear el sano desarrollo de la oferta y la demanda que se supone variará únicamente con las inversiones legítimas producto de un contexto económico determinado.

Las Casas de Cambio

El maestro Acosta Romero distingue tres tipos de cambio de moneda que son: a) El cambio de moneda a diversas denominaciones del mismo curso legal y que es prestada por la Instituciones de crédito como un servicio conexo de banca, b) El cambio de títulos de crédito por moneda de curso legal, c) El cambio de moneda por divisas extranjeras ya sea por nacionales que viajan al extranjero o por extranjeros que ingresan al territorio nacional y d) Compra de títulos de crédito. Creemos por nuestra parte que el cambio de moneda de curso legal por divisas extranjeras no es exclusiva del turismo ya sea saliente o entrante, de hecho en los últimos años se especuló con la compra de dolares debido a las devaluaciones del peso y que fue practicada por muchas personas físicas y morales, asimismo todas aquellas personas que contraen obligaciones en moneda extranjera y que operan en el país o que habitualmente reciben moneda de curso legal, tienen que comprar divisas extranjeras para solventar dichas obligaciones.

"El cambio de moneda y desde un punto de vista estricto, no es una operación de crédito, ya que no se está captando dinero del público, ni se trata de un instrumento de canalización masiva del ahorro público, ni con el cambio se otorga crédito sino más bien, como ya se indicó, de un servicio conexo de banca que cada día es más utilizado, sobre todo en las fronteras conforme aumenta el tránsito turístico".(13)

El antecedente de las casas de cambio en el país es el decreto de 5 de enero de 1916, que prohibió el establecimiento de casas de cambio en todo el país si no se tenía la autorización de la S.H.C.P., muchos fueron los decretos que siguieron a éste y hasta la Ley del Impuesto sobre Exportación de Capitales, publicada en 1936, se contemplaron en una ley, la cual fue abrogada en 1939, supliendola la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares; actualmente se encuentra contemplada en la L.G.O.A.A.C., en un capítulo denominado "De la compraventa habitual y profesional de divisas".

Dice la ley que se requerirá de autorización de la S.H.C.P., para la compraventa habitual y profesional de divisas con el público dentro del territorio nacional, éstas autorizaciones son intransmisibles; no son actividades habituales y profesionales las operaciones con divisas conexas a la prestación de servicios ni las obtenidas por la venta de bienes que realicen establecimientos en las franjas fronterizas.

Las casas de cambio deberán ser sociedades anónimas y ajustarse a los siguientes requisitos: a) Su objeto social será únicamente la realización de compra, venta y cambio de divisas, billetes y piezas metálicas nacionales o extranjeras que no tengan curso legal en el país de emisión, b) Que sean sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, c) Que cuenten con el capital mínimo pagado que señale periódicamente la S.H.C.P., d) Contratarán un local exclusivo para la realización de sus operaciones, e) Sus operaciones con divisas, oro y plata deberán ajustarse a las disposiciones dictadas por el Banco de México y e) Proporcionarán a la C.N.B. sus estados de contabilidad, información financiera y toda la relacionada con su giro en la forma en que la propia comisión señale.

El cambio de moneda de curso legal a moneda extranjera es de las más utilizadas para el lavado de dinero conjuntamente con el de giros telegráficos o electrónicos de dinero, el esquema básico de ésta actividad es la de llevar los fondos ilícitamente obtenidos a otro país convertirlo en aquella moneda para reingresarlos al país de origen ya sea mediante cuentas bancarias o físicamente, es un instrumento del que se echa mano muy a menudo en la etapa de la disposición; la revista "*Money Laundering Alert*" en su publicación de marzo de 1992 estima que éstas casas de cambio lavan aproximadamente doscientos millones de dolares al mes, su esquema para hacerlo es recibir el dinero sucio y convertirlo a moneda extranjera para despues depositarlos en cuentas bancarias de las propias casas de cambio, hecho lo anterior lo transfieren a diferentes cuentas de sus clientes en el país o en el extranjero, en Estados Unidos poca

regulación tienen éstas casas de cambio por lo que se tienen proyectos para vigilar más de cerca sus operaciones, en lo que respecta a nuestro país es necesario incluirlas en las disposiciones que al efecto se dicten contra el lavado de dinero y que debe contemplar como ya se ha dicho, la información a la autoridad de sus operaciones y clientes, entre otras, es de mencionarse que en México se dió un caso de lavado de dinero a través de casas de cambio en el norte del país que desarrollaban un esquema como el explicado y que tuvo difusión en los medios informativos y del que también se pueden obtener más datos en el ejemplar de la revista mencionada.

EL SECRETO BANCARIO

Esta Institución de la Banca es muy antigua y utilizada prácticamente en todos los sistemas bancarios, era parte de la ética entre los negociantes que realizaban sus operaciones en templos relacionados con la magia y la religión en la Edad Media y que se fue configurando como un secreto profesional entre los depositantes.(14)

Francia fue el país que más regulo sobre éste aspecto y lo ha justificado y protegido ampliamente, su base es el secreto profesional incluido en el Código Penal y que se ha extendido también a los banqueros; en México se introduce en el año de 1897 en la Ley General de Instituciones de Crédito y subsiste en la actualidad en la L.I.C., vigente, que lo contempla en su artículo 117.

El secreto se configura con la existencia de ciertos hechos, circunstancias o información, el conocimiento de ellos por uno o varios individuos y la obligación de los mismos de no transmitir ese conocimiento a terceros. La base de esta institución es pues, el secreto profesional que se extiende a la banca; como se dijo esta contemplado en la L.I.C., que en su artículo 117 dice: " Las instituciones de crédito en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, servicios, o cualquier tipo de operaciones, sino al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quienes tenga otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio, salvo cuando las pidieren, la autoridad judicial en virtud de providencia precautoria dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado y las autoridades hacendarias federales, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria, para fines fiscales."

Las finalidades del secreto bancario, apunta el maestro Acosta Romero, son entre otras: a) Resguardar el respeto y protección de las cuestiones privadas en función a la confianza que éstas tengan con la institución bancaria b) La estabilidad del sistema bancario ya que en virtud de la confianza obtenida, los particulares aportan a la banca la información que es necesaria para el desempeño de las funciones que le son propias. y c) Por lo ya expuesto también es un medio de captación de recursos inclusive extranjeros, basta señalar el ejemplo de Suiza que debe sus altos activos en parte al secreto bancario que ahí existe.

Ahora bien, las operaciones que son objeto del secreto bancario según se desprende del artículo antes mencionado son las de depósito, que creemos, incluye toda la gama de éstos y "las demás operaciones", con lo que se quiere extender a todas las operaciones que jurídicamente le sean propias, sin embargo, cabe señalar que muchas veces las instituciones bancarias solicitan información que es independiente de las operaciones que el particular lleva a cabo y que se utilizan para formar el expediente del cliente y que son de tipo particular, ¿ hasta donde llega la protección de a estos documentos en el secreto bancario ?, consideramos basandonos en el punto de vista del maestro Acosta Romero que todos y cada uno de los datos y documentos otorgados en virtud de la confianza a la banca deben de quedar protegidos.

EXCEPCION AL SECRETO BANCARIO

Una idea generalizada en la doctrina de derecho bancario es la excepción del secreto bancario, que se contempla en el propio artículo que protege los intereses de los particulares; en efecto las instituciones bancarias no están obligadas en mantener en secreto las operaciones de sus clientes cuando ésta información les sea requerida por alguna autoridad bajo determinadas circunstancias como la investigación criminal o en materia hacendaria; el artículo 117 de la L.I.C. determina que la información deberá ser otorgada a cualquier Autoridad Judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular sea parte o acusado; para el maestro Acosta Romero lo anterior resulta confuso ya que pueden quedar excluidas autoridades que expresamente no serían judiciales desde el punto de vista formal como El Tribunal Fiscal de la Federación o la Juntas de Conciliación, en cuanto a las autoridades administrativas éstas pueden solicitar información a través de la C.N.B., únicamente en materia fiscal, parece entonces excluirse a la Procuraduría General de la República y a la General de Justicia del D.F. o de los Estados, sin embargo, dentro de sus leyes orgánicas respectivas se encuentra la facultad de investigar los delitos, por lo que consideramos que estas autoridades tienen la facultad de solicitar a las Dependencias de la Administración Pública la información que consideren pertinente para esclarecer un hecho que pudiera ser delictivo restando por aclarar si en tratándose de instituciones de crédito, la información deberá ser requerida mediante la C.N.B. lo que consideramos no debiera ser procedente ya que Constitucionalmente las Procuradurías son las únicas facultadas para investigar delitos por lo que su actuación no debe ser limitada en materia bancaria.

La excepción al secreto bancario es una de las armas para detectar el delito de lavado de dinero; ahora bien, ¿ qué autoridad es la competente para llevar a cabo la investigación y solicitar la información?; la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en su artículo 11 faculta a ésta para que en cumplimiento de sus atribuciones, entre otras investigar los hechos posiblemente constitutivos de delito, solicite a las entidades y autoridades de la Administración Pública Federal informes respecto de sus operaciones; siendo el ilícito de lavado de dinero un delito federal, corresponde a la P.G.R. su investigación, sin embargo en este aspecto se presenta

un problema ya que para que la Procuraduría inicie su investigación respecto de este delito es necesario que exista una querrela por parte de la S.H.C.P., según se desprende del texto del artículo 92, fracc. I del C.F.F.; y para que ésta haga lo propio debe tener un indicio de que se está lavando dinero y ya que estos indicios no son producto del azar, ni sería sano que la S.H.C.P. presentara un número elevado de querrelas que no finalizaran en la consignación, es necesario entonces determinar qué información solicitar, desde si la persona o empresa que realiza una operación tiene nexos con la actividad criminal hasta que tipo de operaciones se pudieron haber utilizado, qué empresas pudieran pertenecer a quien realiza la actividad y las cuentas bancarias respectivas ya que sin éstos elementos la Averiguación Previa difícilmente prosperaría; todo lo anterior desde nuestro punto de vista es una investigación de tipo criminal y la S.H.C.P. no está facultada para hacerla, primero jurídicamente y segundo por la carencia que de información de tipo criminal tiene, de todo lo anteriormente expuesto concluimos que es un error como actualmente se regula la investigación del mencionado ilícito, son realmente tres instancias las que la realizan; la S.H.C.P. para recabar la información que se le dará al Ministerio Público, la que éste realiza para determinar si hay elementos para consignar y en su caso, el juez que sentenciará al presunto responsable, consideramos entonces que el papel de la S.H.C.P., deberá ser el de suministrar el apoyo técnico a la P.G.R. para la multicitada investigación.

Además de lo expuesto en el párrafo anterior la autoridad competente para investigar el ilícito se encontrará con un dilema si es que tiene que empezar su investigación desentrañando los tipos de operaciones, ante que institución y de que manera se hicieron y que fueran un esquema de lavado de dinero, lo anterior tomaría mucho tiempo y sería muy gravoso, de ahí que la autoridad deberá basarse en los avisos que reciba de operaciones con determinadas características y desde ese punto empezar su investigación; de esta manera se hace en diversos países que tipifican el delito y de hecho en Estados Unidos los mencionados avisos son parte del "BANK SECRECY ACT" (ACTA DE SECRETO BANCARIO) y que obliga a determinadas instituciones a dar aviso de operaciones realizadas con instrumentos monetarios definidos por la propia acta como efectivo y que rebasen la cantidad de diez mil dolares además de realizar auditorías respecto del control interno y cumplimiento que del acta se realice.

Hasta este momento hemos analizado las operaciones denominadas "financieras" mediante las cuales se puede establecer un esquema de lavado de dinero y que se encuentran tipificadas en el art. 115 bis del C.F.F., sin embargo las operaciones de naturaleza financiera no son las únicas que son susceptibles de utilizarse con ese propósito, se encuentran también contempladas la compraventa y la transferencia de moneda entre otras, estas últimas aunque son realizadas por algún sector del sistema financiero, en el mencionado C.F.F. se encuentran diversificadas.

LA COMPRAVENTA

"Contrato de compraventa es aquel por el cual uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro, a su vez, se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero. (art. 2248 C.C.); muchas son las modalidades de éste tipo de contrato en nuestra legislación la cual le da diversos tratamientos, verbigracia: la compraventa que se efectúa con el propósito directo y preferente de traficar conocida como compraventa mercantil; éste contrato es un factor importante en el desarrollo económico del país, principalmente por su característica consensual, y en la actualidad el instrumento esencial entre el comercio internacional.

En virtud de las regulaciones que de las operaciones financieras se han llevado a cabo y siendo la compraventa una operación realizada miles de veces al día, ésta se ha convertido en una opción muy viable para aquellos que se dedican a la actividad de lavado de dinero, comprando bienes de alto valor ya sea para ser transportados a otro destino y ser vendidos o para el provecho de la propia persona que provee los fondos ilícitos, aunque consideramos no es una operación muy adecuada para efectuar la etapa de "la colocación" ya que por sí sola la compraventa no "disfraza" la procedencia ilegítima de los fondos, con una buena estructura en la "integración" este contrato puede ser de mucho provecho ya que la posesión de bienes de alto valor se explica con la tenencia de negocios aparentemente prósperos pero que solo son utilizados para la concurrencia de fondos ilícitos, de esta manera se efectúan dos etapas del esquema de lavado simultáneamente, comprando bienes con dinero sucio y recuperándolo al ser vendidos los mismos; en Estados Unidos a raíz de una investigación realizada por la *GENERAL ACCOUNTING OFFICE* (OFICINA GENERAL DE CONTABILIDAD), se estimó que cientos de millones de dólares son lavados rutinariamente a través de negocios que venden bienes de alto valor como automóviles, yates, antigüedades, joyería, etc; (15) estos negocios son considerados en la actualidad como Instituciones Financieras para efectos de reportar sus operaciones con efectivo u otros instrumentos monetarios. Dentro de estas operaciones se encuentra también la compraventa de Inmuebles que como ya se dijo pueden ser revendidos o para el provecho de quien suministra los fondos, en muchos casos la operación de compraventa de los mencionados inmuebles se pacta con un precio muy bajo para evadir el pago de impuestos, evitar sospechas y el reportar la transacción y el resto del dinero se entrega extraoficialmente. En éste aspecto como la operación oficial es por una baja cantidad de dinero no hay que reportar el efectivo utilizado en la misma y la autoridad puede perder el rastro del dinero, sin embargo, el vendedor del bien tendrá que disponer de la cantidad que se le entregó extraoficialmente mediante algún depósito de dinero o transferencia del mismo por lo que en algún momento la autoridad tendrá conocimiento del efectivo y así detectar la operación inicial.

Al igual que las operaciones estrictamente financieras, las operaciones realizadas a través de negocios han sido objeto de numerosas regulaciones que van desde considerar a estos negocios como

Instituciones Financieras y a diversos instrumentos monetarios como efectivo hasta obligar al comerciante de cerciorarse de la identidad de quien le compra el bien y la fuente de sus ingresos e inclusive regular las compras en favor de terceros o con cheques u otro título nominado a favor de un tercero; mucho hay por hacer en éste sector respecto del lavado de dinero ya que existe el problema de que la mayoría de los vendedores de estos bienes están dispuestos a no dar el aviso correspondiente con tal de realizar la operación que le representa considerables ganancias.

IMPORTACIONES Y EXPORTACIONES

Las Importaciones y Exportaciones son una modalidad de la compraventa, como ya se dijo es el instrumento utilizado para el comercio Internacional y también un instrumento utilizado para el lavado de dinero, el esquema es el siguiente: una compañía controlada por quien lava dinero compra determinados bienes a precio de mercado (disposición) y posteriormente los vende a una compañía extranjera, también controlada por los "lavadores" o en complicidad, a un precio exageradamente alto en comparación a los del mercado (colocación), ésta compañía extranjera realiza el pago de su compra obviamente con fondos ilícitos suministrados por los propias personas que realizan las actividades ilícitas y así la compañía de origen disfraza la prosperidad de su negocio en el comercio internacional (integración); es común en la actualidad encontrar negocios con suficiente mercancía, decorados muy costosos y una aparente prosperidad y sin embargo no tener una actividad frecuente en sus ventas en donde soportar la apariencia anterior pero en éste caso desde luego las ventas no son su primordial interés.

Lo anterior es un descubrimiento realizado por dos profesores de la Universidad Internacional de Florida Simon Pak y John Zdanowicz quienes hicieron un análisis de información en las aduanas de Estados Unidos y descubrieron que existe una escasa supervisión aduanal respecto de lo que sale de ese país, dentro de los precios de bienes distorsionados que encontraron se encuentran: camaras instantaneas por tres mil ciento veintisiete dólares la pieza, bolsas de dormir por mil quinientos dólares cada una y botellas de aderezo para ensaladas por setecientos veinte dolares la pieza. La escase inspección también está en los precios, por lo que la facturación falsa no representa un problema para estos traficantes. Si los precios son lo suficientemente comodos un traficante extranjero puede recibir sus fondos en equipo computacional por ejemplo y disponer de sus ganancias cuando venda los bienes, esta persona puede establecer compañías en Estados Unidos y su país y así la transferencia de bienes y fondos queda en "familia", sin embargo existe un problema, la parte de Estados Unidos se queda con todo la carga pues es la que se queda con todo el efectivo. (16)

" Los investigadores desarrollaron un método que rastrea las importaciones y exportaciones mensualmente entre todos los artículos de comercio de Estados Unidos y los demás países del mundo." (17) También las autoridades aduaneras planean regular éstas operaciones perfeccionando el programa de los investigadores y combinarlo con la

información existente, ellos dicen que pueden utilizar esta información y detectar compañías que hayan manipulado los precios de los artículos de comercio. Siendo éste un terreno inexplorado mucho habrá que hacerse para evitar las actividades de lavado ya que el comercio internacional es una actividad que avanza considerablemente en la actualidad sobre todo con los acuerdos internacionales tendientes a facilitarlo; el sistema propuesto por los profesores Pak y Zdanowicz que consiste en analizar la información que de las compañías exportadoras e importadoras se tenga, haciendo un estudio respecto de los precios de los artículos de comercio en el mercado es el más viable hasta el momento, conjuntamente con las posibles regulaciones que se hagan a los bancos que esten involucrados en el financiamiento de éstas operaciones, sin embargo esto traerá algunos descuentos en el sector comercial ya que el escrutinio en sus importaciones y exportaciones representará pérdida de tiempo y dinero por lo que deberá tomarse la opinión y permitir la colaboración de las empresas que se dediquen al comercio internacional para crear medidas congruentes y operables.

CONTRABANDO DE DINERO

El transportar dinero de un lugar del país a otro o al extranjero es la manera más limpia de lograr la primera fase del esquema de lavado de dinero, dicha actividad está tipificada en la fracción segunda del art. 115 bis del C.F.F.; se estima que un diez por ciento del producto total de la venta de droga en Estados Unidos es sacado del país sin llenar la forma aduanal para reportar efectivo e instrumentos monetarios identificada con el número 4790, una vez sacado el efectivo del país se puede convertir en otro tipo de moneda y reingresarla a E.U. a través de instituciones financieras o físicamente y convertirla de nueva cuenta en dólares efectuando así las otras dos etapas del lavado de dinero o inclusive utilizar los dólares sucios en los países donde se hayan llevado y que esa moneda sea considerada de curso legal como lo son Panama y Liberia.(18)

Aunque existen regulaciones respecto del efectivo u otros instrumentos monetarios que dejan el país en Estados Unidos, concretamente la forma 4790 que ya se ha mencionado, los agentes aduanales se enfrentan a una diversidad de obstáculos como son los miles de vuelos internacionales, comerciales y privados, que hay en ese país mensualmente, el embarque de aproximadamente ocho millones de contenedores al año, millones de viajes al año de residentes de Estados Unidos, etc; la operación "Buckstop" (deten la lana) desplegada por el servicio aduanal ha tenido no muy buen resultado y aunque se ha experimentado con aparatos eléctricos e inclusive perros, los agentes dependen en gran parte de sus "informantes".(19)

En nuestro país, según el C.F.F., se determina como lavado de dinero el transportar el dinero o los bienes provenientes de la actividad ilícita de un lugar a otro del país o al extranjero, respecto de transportarlos a otro país deberá implantarse un sistema en el que se contemple el reporte de la salida de determinada cantidad de dinero o cualquier actividad sospechosa, pero tratándose

de transportarlos de un lugar a otro del país consideramos que existe un impedimento de naturaleza constitucional ya que para detectar el dinero o los bienes de origen ilícito que estén siendo transportados es necesario una inspección de la autoridad competente lo que sería violatorio de la garantía constitucional de libertad de tránsito ya que habría necesidad de establecer retenes a lo largo de las vías de comunicación del país para la mencionada inspección y aunque no se pida un pasaporte, salvo conducto o carta seguridad, el simple hecho de interrumpir la circulación de un individuo con el propósito de revisar sus pertenencias sería una violación a sus derechos humanos, por otro lado si bien es cierto que la detención fuera con la intención de detectar un delito, también lo es que muchos de los afectados que incluso trajeran consigo una suma de dinero importante resultarían ser personas que no tuvieran nada que ver con actividades ilícitas, de aceptar el supuesto anterior, miles de personas deberían ser detenidas diariamente por conducir un automóvil costoso; todo, lo anterior se debe a la deficiencia de la redacción del 115 bis en el que se tipifican ciertas conductas sin tomarse en cuenta los elementos y medios necesarios para su legal investigación por lo que está patente la necesidad de adecuarlo a la realidad para hacerlo funcional; como ya se ha dicho, el transportar el dinero es sólo una de las etapas del esquema de lavado y reforzando la regulación en las otras etapas podría evitarse dicha actividad sin llegar a extremos del todo inaceptables.

TRANSFERENCIAS DE DINERO (giros y vales postales)

De todas las operaciones que son utilizadas con el propósito de lavar dinero, la transferencia de fondos electrónicamente es una de las más solicitadas en la actualidad debido a su escasa inspección y relativa facilidad, es también una de las que más eficazmente realiza la etapa de "la colocación", ya que transporta los fondos de un lugar a otro en un mínimo de tiempo y al concurrir con otros fondos en negociaciones o cambiando el tipo de moneda se perfecciona el esquema.

En nuestra legislación los giros postales están contemplados en la Ley del Servicio Postal Mexicano publicada en el Diario Oficial el 24 de diciembre de 1986 y que deroga el libro sexto de la Ley de Vías

Generales de Comunicación; en la mencionada ley se establece en su artículo 49 que: "El servicio de giros postales consiste en la remisión de dinero, a través de las oficinas postales, por medio de libramientos a favor de beneficiario determinado. Estos libramientos pueden endosarse por una sola vez."; de igual manera el artículo 51 establece que la cantidad máxima susceptible de ser transmitida será la que el organismo (Servicio Postal Mexicano) determine.

Como ya se ha dicho la transferencia de fondos es utilizada para efectuar las etapas de la disposición y colocación en el lavado de dinero, enviando los fondos ilícitamente habidos a diferentes lugares, hecho lo anterior estos pueden ser convertidos en moneda de diverso curso legal, depositados en cuentas bancarias, canalizados con fondos legítimos en negocios o ser utilizados para compraventa de

algun artículo y con posterioridad hacer llegar el dinero ya lavado a la persona que originalmente suplió los fondos, y también en el caso de nuestra legislación se puede remitir el dinero y endosarlo obteniendo así un beneficio en perjuicio de un tercero de buena fe; la transferencia es un operación expresamente contemplada en el artículo 115 bis del C.F.F. y mucha atención deberá de ponerse a la misma ya que mueve millones de pesos diariamente.

En Estados Unidos el servicio postal cuenta con aproximadamente cuarenta mil oficinas, mueve cerca de veinticinco billones de dólares en instrumentos monetarios y tiene más de un millón de empleados y desde luego es utilizado ampliamente para lavar dinero e incluso para transportar droga; debido a lo anterior el "Departamento del Tesoro" incluyó a esta institución dentro del grupo de "instituciones financieras" que son objeto de regulación respecto del lavado de dinero. Es también de gran preocupación en ese país el sistema de transferencia de fondos a través de bancos en Nueva York, denominado *Clearing House International Payment Service "CHIPS"*, que es la utilización de cámaras de compensación conectadas a sistemas de computo muy avanzados utilizados por los bancos ya mencionados y que mueven alrededor de tres mil millones de dólares diariamente. (20)

En virtud de la dificultad que representa para la autoridad detectar el lavado de dinero mediante giros postales, se han dado una gran cantidad de regulaciones y medidas que incluyen aumentar el número de inspectores, regular la compra de *Money Orders* (Órdenes de Pago) que tienen un límite de setecientos dólares cada una y únicamente 15 de ellas para un sólo cliente en un día y el reporte de la compra de instrumento monetarios y ordenes de pago por las cantidades señaladas en la forma 8105 llamada reporte de compras de ordenes de pago. (21) También existe la obligación de aquellas instituciones que se dedican a la transmisión de dinero electrónicamente, que anterior a la transmisión deberán conservar una copia de la forma llenada por el cliente, su nombre, domicilio, fecha de nacimiento, número de seguro social, número de cuenta y monto de lo transmitido así como en representación de quien lo hace, en su caso y la oficina receptora del giro deberá recabar una información similar del beneficiario del giro y cerciorarse de que conoce a la persona que lo ordenó.

Las transferencias electrónicas de fondos pueden ser realizadas también por instituciones bancarias, dichas operaciones deberán ser objeto de regulación dentro de las medidas que al efecto se dicten para los bancos; existen ya algunas en E.U. que incluyen la identificación, número de cuenta bancaria del originario (persona que compra el giro) y en su caso, en representación de quien lo compra, asimismo si la persona que compra el giro no tiene cuenta bancaria la institución deberá pedir nombre, dirección, fecha de nacimiento y número de seguro social. Muchos de los directores de instituciones bancarias se han quejado de estas medidas argumentando que debido al funcionamiento de los giros postales es realmente difícil mantener un record de estas operaciones y que en realidad la autoridad les está pidiendo ayudarla a encontrar "un grano de arena en el desierto del Sahara". (22)

Por último cabe comentar la tendencia en la actualidad de implementar un sistema de llenado magnético de las formas que sean requeridas para la remisión de fondos, sin embargo muchas han sido las críticas a éste sistema y mucho habrá de hacerse para perfeccionarlo, el principal problema al que se enfrenta la autoridad es el hecho de que estas operaciones son legítimamente utilizadas por una gran cantidad de personas por lo que es necesario contar con otro tipo de información distinta a la de la operación aisladamente para estar en posibilidades de determinar si esta se efectuó con el propósito de lavar dinero.

MEDIDAS REGULATORIAS

En virtud del aumento de las actividades criminales que vive la humanidad actualmente, los gobiernos de diversos países se han visto en la necesidad de dictar medidas y llegar a acuerdos con otros países tendientes a disminuir dicha criminalidad; el terrorismo, el narcotráfico, la venta ilegal de armas, los robos a bancos, etc; son actividades que traen implícita la violencia y el lucro, dichos ilícitos no son cometidos por delincuentes esporádicos sino que son planeados por redes de delincuencia muy bien organizadas y con suficiente personal altamente capacitado en su actividad y con los elementos necesarios para no ser atrapados fácilmente; entre las medidas que se han elaborado para erradicar este mal se encuentra el aumento de la penalidad en las figuras delictivas, el uso de tecnología muy avanzada por parte de los cuerpos policíacos y largos expedientes con información respecto de ciertas actividades y de determinados delincuentes compartida por diversos países; sin embargo todos los delitos mencionados y estas redes de delincuencia necesitan para su funcionamiento de un elemento común que es a su vez un elemento propicio para su detección: El Dinero; el objetivo de todos estos delincuentes es el poder que se obtiene a través del dinero, todas y cada una de estas mafias requiere de lavar grandes cantidades de dinero para obtener un lucro personal y fomentar su actividad criminal que a su vez le representará más dinero y más poder, excepción hecha del terrorismo que obedece a fines políticos, no tanto económicos pero que igualmente requiere de mover dinero para fomentar su actividad. Por lo que las medidas que en un futuro se tomen en contra del crimen organizado en gran parte deberán contemplar el aspecto económico impidiendo hasta lo posible las operaciones de lavado e implementando un sistema eficaz de detección de las mismas una vez que estas hayan iniciado.

Medidas Existentes en México

En nuestro país el C.F.F. es el único instrumento legal que tipifica la actividad de lavado de dinero, sin embargo además de adolecer de una adecuada técnica jurídica en su redacción, tiene otra gran limitación; no existe disposición alguna, legislativa o administrativa, que establezca los lineamientos a seguir para la investigación del mencionado ilícito ni las medidas a tomarse para su erradicación, es decir, el texto del art. 115 bis se limita como,

cualquier tipo penal, únicamente a establecer la pena y describir la conducta ilícita, por lo que la autoridad competente tendrá que usar los procedimientos comunes para todo delito, principalmente la querrela, en éste caso de la S.H.C.P., lo que ya hemos expuesto consideramos un error, para investigar el ilícito y ya que se trata de un delito con características especiales debe haber por lo tanto regulaciones especiales, por otro lado, debido a que involucra un sector muy ancho de la Administración Pública e incluso del sector privado es un desatino que se legisle sobre esta materia dejando de tomar en cuenta diversos aspectos de suma importancia como lo es el hecho de establecer una pena igual para todas las modalidades de comisión del delito sin tomar en cuenta la suma de la cantidad que se intentó "lavar" o tipificar una conducta sin tomar en cuenta disposiciones constitucionales y por último producir un artículo sin dotar a la autoridad de los medios necesarios para su aplicación, es entonces obvio que la figura delictiva está condenada al fracaso, en cuanto a reprimir el lavado de dinero se refiere, ya que asistématicamente se elabora su texto, mejor dicho, se copia, y no se establecen los sistemas para su detección e investigación que en el caso particular de éste delito, creemos son absolutamente necesarios.

Por lo anteriormente expuesto, es necesario entonces analizar las medidas que otros países han dictado para combatir el lavado de dinero y así determinar si son aplicables o no en nuestro país y tomarlas como ejemplo, no como modelo, para dictar nuestras propias medidas, entre estos países que se han preocupado por el delito que nos ocupa se encuentra Estados Unidos, el mayor productor de dólares sucios en el mundo.

Principales Medidas AntiLavado en Estados Unidos de América

Cinco son las leyes federales principales contra el lavado de dinero en Estados Unidos: *The Bank Secrecy Act* (El Acta de Secreto Bancario), *The Racketeer Influenced Corrupt Organizations R.I.C.O.* (Ley Federal Contra Organizaciones de Mafia y Corrupción), *The Drug Abuse Act* (Acta Contra el Abuso de Drogas), *The Cash Reporting Law* (Ley de Reporte de Efectivo) y *Transaction Offense* (Ley de Transacciones Delictivas).

El Acta de Secreto Bancario (Título 31, USC Sec. 5311): Es el instrumento legal más importante contra las actividades de lavado en E.U., éste estatuto tiene como parte medular los avisos que todas las instituciones financieras, que sean definidas como tales por la misma acta, tienen que dar a la autoridad, concretamente al *Internal Revenue Service I.R.S.* (Servicio Interno de Contribuciones) y en algunos casos al *Treasury Department* (Departamento del tesoro) cuando realicen operaciones con efectivo o ciertos instrumentos monetarios que sobrepasen la cantidad de diez mil dólares, éste sistema consiste en llenar las formas que la propia autoridad proporciona a estas instituciones con un instructivo para su elaboración y que se tendrá que hacer cada vez que se realice un operación con las características ya señaladas, dicha forma se entrega a la autoridad y

es almacenada en un centro de computo junto con todas las formas llenadas en el país, de esta manera se puede obtener información respecto de si determinada persona haya realizado una operación con el propósito de lavar dinero una vez que se le haya vinculado con una organización criminal. La propia acta determina cuales son las entidades que estan obligadas a llenar estas formas considerandolas como instituciones financieras, en ellas estan incluidas las que jurídicamente se pueden considerar como tales y aquellas que aunque estrictamente no son financieras el Acta así las considera para obligarlas a elaborar las formas, dentro de estas están los negocios que venden artículos de alto valor como automóviles, yates, bienes raíces, joyería, antigüedades, etc; y determinados servicios públicos como las transferencias de dinero y la compra de ordenes de pago. De igual manera el Acta establece determinados instrumentos monetarios tales como cheques de viajero, cheques de caja, certificados de depósito, etc; como efectivo para que si son utilizados por si solos o conjuntamente con efectivo y en total sobrepasa los diezmil dólares sean reportados en la forma correspondiente. Las mencionadas formas son identificadas con un número especial y son diferentes si se trata de Instituciones bancarias, negocios u oficinas de transferencias de dinero; para las instituciones bancarias se deberá llenar la forma denominada *Cash Transaction Report C.T.R.*, (Reporte de Transacciones en Efectivo) identificada con el número 4789; los negocios tienen la obligación de reportar las mencionadas operaciones en la forma I.R.S. número 8300 y para las oficinas de transferencia de fondos electronicamente su obligación es llenar la forma M.O.T.R. número 8105. La información que se debe plasmar en la forma incluye el nombre completo de la persona que realiza la operación, el tipo de identificación que presenta, su domicilio o domicilios, número de cuenta bancaria, numero de seguro social, monto utilizado y descripción de los instrumentos monetarios, así como los datos del beneficiario del dinero, en su caso. Además el Acta establece una serie de excepciones al llenado de estas formas cuando no reúnan los requisitos establecidos por la misma como por ejemplo el pago de un automóvil con valor de 11,500 dólares nueve mil en efectivo y un cheque personal por el resto, en virtud de que un cheque personal no es considerado efectivo y el dinero pagado en efectivo no sobrepasa los diez mil dólares la forma no deberá llenarse lo mismo es aplicable a las formas bancarias y de oficinas postales.

Como ya se dijo el llenado de formas para dar aviso a la autoridad es la parte medular de las medidas contra el lavado de dinero y uno de los instrumentos más utilizados para investigar y enjuiciar individuos en la Unión Americana, de estas formas por si solas no se puede desprender si se trata de un operación de lavado o no, sin embargo complementandola con otro tipo de información respecto de el individuo que llevo a cabo la operación vinculandolo con actividades ilícitas, se puede desenmascarar el esquema de lavado si éste se efectúo y de ahí la importancia de las formas, ya que estas tienen el propósito de registrar donde se llevan a cabo las operaciones para no perder el rastro de las mismas y con posterioridad poder vincularlas con la persona que lleva a cabo las actividades ilícitas y a fin de cuentas dterminar si se trata de un esquema de lavado de dinero.

En nuestro país no existe un sistema de avisos a la autoridad respecto de operaciones que pudieran entrañar un esquema de lavado, únicamente existe la posibilidad de requerir a determinadas instituciones información sobre las mismas ya sea por Autoridad Judicial o Administrativa, sin embargo es prácticamente imposible detectar un esquema de lavado por simple presunción, como ya se dijo es necesario relacionar ciertas operaciones con ciertos individuos vinculados con la delincuencia para que la Autoridad esté en posibilidad de desenmascarar la operación o por lo menos una investigación respecto de la propia actividad que produce los fondos para después relacionarlo con las transacciones que ellos mismos hayan realizado. Si a lo anterior aunamos la dificultad jurídica que existe en el sentido de que la autoridad competente sólo puede iniciar su investigación una vez que haya querrela de la S.H.C.P. y la dificultad que ésta tiene para tal efecto, como ya se comentó, debemos concluir que para implementar un sistema de avisos, que es totalmente necesario, en nuestro país, habrá que modificar diversos ordenamientos para hacerlo jurídica y prácticamente posible.

En un principio deberá de determinarse cual será el monto a partir del cual deberá de reportarse la operación, la Autoridad competente para recabar las formas, liberar a la misma de obstáculos técnicos y jurídicos para llevar a cabo su investigación, las entidades que estén obligadas a llenar las formas y los instrumentos monetarios que deberán reportarse conjuntamente con el efectivo; en el desarrollo del presente capítulo sostuvimos que todas aquellas Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares deberían de estar obligadas a proporcionar avisos a la Autoridad así como aquellas entidades que no sean financieras pero que pudieran ser objeto de lavado de dinero, por lo que existe entonces la necesidad de dictar medidas de naturaleza coercitiva que imponga esta obligación adecuándose a la actividad de cada una de las Instituciones y con la participación de los sectores involucrados para hacer de éste sistema un verdadero instrumento contra la delincuencia y no una carga más para el público sin resultados favorables de acuerdo a su objetivo. Es hasta el momento la manera más viable de investigar y combatir el ilícito de referencia y bien implementado podrá brindar a la Autoridad una luz para detectar operaciones de lavado y por ende desenmascarar a aquellos que las efectúan y por que no? la actividad que produce los fondos ilícitamente habidos. Sólo un problema presenta el sistema de avisos a la Autoridad y es el gran número de formas falsas que se llenan diariamente, la revista *Money Laundering Alert* publica en su número de agosto de 1991 que existe aproximadamente un 30 % de formas 8300 falsas por lo que habrá que ponerse especial cuidado en éste aspecto lo que ya se ha estado haciendo en E.U. mediante visitas de auditoría que comentaremos enseguida.

Además del llenado de formas de aviso a la Autoridad, el Acta de Secreto Bancario contempla varias medidas contra el lavado, la mayoría tendientes a lograr un llenado eficaz de las formas correspondientes; dentro de éstas se encuentran las visitas de

auditoría que se realizan a las Instituciones Bancarias para verificar el cumplimiento de lo establecido en el Acta, en estas visitas, de las cuales debe haber un previo aviso, se revisa el control interno que del B.S.A. se lleve, la supervisión interna del cumplimiento del B.S.A., los programas de capacitación del personal respecto de lo establecido en el B.S.A., la lista de excepciones al llenado de formas, las personas responsables de llenar las formas y lugar donde se guardan las copias de las formas; respecto de las negociaciones las visitas de auditoría realizadas por inspectores del I.R.S., son normalmente de incógnito ya que se tiene el propósito de verificar si el comerciante está dispuesto a realizar la operación sin reportarla o reportarla con información falsa y los inspectores tienen la facultad inclusive de solicitar los estados de cuenta bancarios de la negociación para hacer una comparación entre la cantidad de dinero depositada en las cuentas y el número de formas llenadas y si se encuentra una discrepancia que indique que el comerciante depositó más dinero del que reportó debido a operaciones de diez mil o más dólares se puede hacer acreedor a una sanción de fuertes cantidades de dinero y eventualmente persecución criminal bajo los cargos de lavado de dinero; por último cabe mencionar que el Acta contempla además de las sanciones privativas de libertad y pecuniarias por el lavado de dinero otras sanciones por la falta de llenado de formas y de cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Acta, es decir, no siempre existe un esquema de lavado de dinero en la falta de elaboración de una forma por lo que únicamente se aplica la sanción por ese incumplimiento sin presentar cargos por lavado de dinero.

Ley Federal Contra Organizaciones de Mafia y Corrupción R.I.C.O. (Título 18, USC Sec. 1961): Legislada en 1970, fue creada principalmente para evitar la infiltración del crimen organizado en negocios legítimos. Su principal efecto y la razón por la que se ha utilizado contra el lavado de dinero es que contempla la confiscación de bienes relacionados con la actividad criminal; de hecho fue utilizada en un caso de lavado de dinero en que se vio involucrado un banco de E.U; el Banco de Crédito y Comercio Internacional, en dicho caso la Agrupación Financiera que controlaba al banco podía perder una gran cantidad de dinero en bienes y utilidades que hubieran intervenido en un patrón de lavado de dinero. Esta ley está siendo objeto de una gran controversia debido a que se está aplicando en un gran número de delitos no violentos conocidos como de "cuello blanco" y la mayoría de los juzgados detienen los cargos presentados bajo ésta ley cuando se trata de banqueros, contadores, abogados, etc. El congreso de E.U. ha resuelto la anterior controversia al definir al lavado de dinero como una actividad mafiosa de las contempladas en R.I.C.O., otorgándole por tanto procedibilidad contra la mencionada actividad, en estos términos cualquier persona que tenga relación con otra que esté vinculada al crimen organizado tendrá serios problemas, lo que incluye a aquellos abogados defensores de éstos criminales que serán objeto de un gran escrutinio en lo que al dinero que reciben se refiere. "Las penas por lavado de dinero y violaciones al Acta de Secreto Bancario son serias, en conjunto con las amenazas escondidas en la ley R.I.C.O., pueden ser devastadoras.(23)

En nuestro país no existe alguna ley similar a la ley R.I.C.O., aunque si se encuentran tipificadas las asociaciones delictuosas, consideramos que la mencionada ley se utiliza en E.U. como complemento del B.S.A., debido a la vinculación que existe entre el crimen organizado y el lavado de dinero y por el hecho de contemplar la confiscación de bienes.

El Acta Contra el Abuso de Drogas (Título 26, USC Sec. 60501): Esta ley contempla principalmente medidas contra la producción, tráfico y abuso de drogas y en lo que a lavado de dinero se refiere enmendó la ley en el sentido de considerar como delito el hecho de no llenar las formas respectivas de reporte de operaciones en efectivo o ciertos instrumentos monetarios. En virtud de que el narcotráfico es la actividad criminal más vinculada con el lavado de dinero, ya que que es la mayor productora de dinero sucio y debido a que a pesar de los esfuerzos para controlarlo éste objetivo no se ha logrado, se han intentado nuevos caminos como la detección del dinero sucio para contrarrestar la citada actividad y de ahí que en los ordenamientos legales contra el narcotráfico se incluya un rubro sobre el dinero y los bienes que ésta actividad genera; ya el Gobierno mexicano ha implementado en nuestro país un programa nacional para el control de drogas en México del que hablaremos más adelante y en el cual se contempla que uno de los medios legales contra el tráfico de drogas es el plasmado en el art. 115 bis del C.F.F.

Ley de Transacciones Delictivas (Título 18, USC Sec. 1957): Fué legislada en 1986 junto con la principal Ley antilavado en E.U. (Título 18, USC Sec. 1956) aunque poca ha sido su utilización práctica, 14 casos durante 1990 en comparación de los 302 presentados bajo la Sec. 1956. (24) La ley de transacciones, en esencia considera como delito el efectuar una operación financiera con el conocimiento de que el dinero es el producto de determinados crímenes, las penas por la violación de esta ley incluyen apuramiento hasta diez años y multas hasta por \$250,000 dólares (\$500,000. para organizaciones) y confiscación de todos los bienes involucrados en la comisión. La ley establece que aquel que efectúe o intente efectuar una transacción monetaria con valor mayor de diez mil dólares y con el conocimiento de que el dinero proviene de determinados crímenes será castigado con las penas ahí establecidas.

No hay una definición en la ley de la palabra "efectuar" pero si la hay para los demás elementos del delito, "Transacción Monetaria" es toda aquella que incluya el depósito, retiro, transferencia o cambio de fondos o instrumentos monetarios por, a través o ante una institución financiera, como en el Acta de Secreto Bancario Bancos, negocios y hasta agencias de viajes están incluidas. La propiedad involucrada en la transacción debe tener un valor de por lo menos \$10,000. dólares y derivar de una actividad ilegítima específica que es una larga lista en la que se incluyen espionaje, crímenes contra el medio ambiente y violaciones al derecho de propiedad intelectual. Se incluyen de igual manera elementos jurisdiccionales como el hecho de que la comisión del delito debe afectar el comercio interestatal y la violación debe ocurrir en E.U. o cometida por un Estadounidense.

Existe un elemento subjetivo en la figura delictiva y es el hecho de que la persona que lo comete debe saber que la transacción que va a llevar a cabo tiene al menos el valor de diez mil dólares y que es derivado de actividad criminal, al respecto el Departamento de Justicia ha establecido que se puede probar que el individuo tenía conocimiento de la procedencia ilegítima de los bienes cuando exista una ignorancia intencional por parte del mismo. Dos elementos importantes se encuentran plasmados en ésta ley el primero es que no tipifica la posesión o recepción de propiedad derivada de actividad criminal sino el efectuar o intentar efectuar una transacción con la misma y el segundo, la persecución criminal a aquellos que con conocimiento proveyeran bienes o servicios a cambio de dinero sucio sin el propósito de fomentar la actividad criminal que lo produjo.

Hay en la ley dos limitaciones que son de comentarse, una es aquella impuesta a los cargos presentados contra abogados defensores en la cual no se incluye como transacción monetaria los honorarios necesarios recibidos con el objeto de respetar el derecho de los individuos a ser asistidos por un abogado, derecho garantizado en la sexta enmienda de la Constitución de aquel país, sin embargo, éste derecho se tiene una vez que se ha formulado una acusación y no cuando se está sujeto a investigación por lo que éste caso de excepción deberá aplicarse hasta entonces no haya una acusación formal; la otra limitación se da cuando los abogados han recibido sus honorarios de distinta naturaleza al caso anterior, pero lo han hecho de buena fe y tendrá que probarse que realmente no tenía un conocimiento real de la procedencia ilegítima de la propiedad o los fondos. Este último aspecto nos parece muy delicado en virtud de que no hay un criterio objetivo para determinar cuando el dinero que se recibe o algún bien tengan procedencia ilegítima, es decir, ¿la ley obliga a los abogados y demás personas en general a no tener trato alguno con una persona que sea vinculada con alguna actividad criminal ya que todo lo que posee proviene de la misma?, como se puede determinar que existe buena fe cuando se recibe dinero de una persona que se sabe tienen nexos con el crimen; lo anterior es importante ya que en el caso de que se tengan ciertos nexos o negociaciones con personas de las cuales no se sabe que están involucradas en la comisión de delitos se está en presencia de una atipicidad pues la ley específicamente exige el conocimiento de la procedencia ilegítima y por lo tanto en último caso no hay delito, en la segunda limitación que se comenta por tanto no debe tomarse por buena fe el hecho de desconocer la procedencia ilegítima que como repetimos sería una causa de atipicidad sino el hecho de tener al menos alguna presunción de los nexos con el crimen de la contraparte en la transacción pero recibir los fondos de buena fe, a que se refiere la ley con buena fe es lo que comentamos pues consideramos es un terreno muy espinoso y que deja sin una seguridad jurídica a las personas que en ejercicio de su profesión pudieran acudir legítimamente en defensa de éstas personas ligadas con la actividad criminal. "Muchos son los signos por parte del Departamento de Justicia de que el uso de la Ley de Transacciones Delictuosas se incrementará en un futuro". (25)

La Ley de Reporte de Efectivo (Título 26, USC Sec. 6501): Esta ley obliga a todos los negocios y profesionistas que reciben dinero en sus operaciones a reportarlo en la forma I.R.S. 8300, requiriéndoles también reportar los instrumentos monetarios que sean utilizados aisladamente o conjuntamente con el efectivo, la mencionada ley incluye penas de hasta \$100,000 dólares por incumplimiento de reportar sus operaciones.

La presente ley tuvo una enmienda muy importante en octubre de 1990 a raíz de las sesiones sobre lavado de dinero en *The House of Ways and Means Committee* en la que se expusieron los resultados de una investigación en la que se encontró que la mayoría de los negocios estaban dispuestos a llevar a cabo una operación con valor de diez mil dólares o más, sin reportarla; en ésta enmienda denominada *Busines Cash Reporting Act of 1990* (Acta de Reporte de Efectivo Por Negocios de 1990), se contempla el reporte de aquellas operaciones con efectivo o instrumentos monetarios mayores de diez mil dólares en una sola o en varias relacionadas, como se dijo aquellos instrumentos monetarios menores de diez mil dólares están incluidos así como moneda extranjera. Otro de los cambios importantes es el que respecta al texto de la ley, anteriormente se prohibía la estructuración de la operación y se tipificaban acciones efectuadas por quien pagaba los fondos, ahora se incluye estructurar una operación para evadir el reporte de la operación.

Esta ley impone también tareas al sector estatal ya que obliga al Departamento del Tesoro a realizar un informe acerca de la funcionalidad de la mencionada ley que incluya un estudio y recomendaciones acerca de las excepciones de reporte de operaciones, la efectividad de las penas y métodos para aumentar el llenado de formas I.R.S. 8300; el Departamento del Tesoro también enfrenta un problema y es que dos de sus oficinas son competentes para vigilar el funcionamiento de la ley, La Oficina para el fortalecimiento financiero, asistido por el secretario del tesoro y el Servicio Interno de Contribuciones y aún más, diferentes comites del Congreso tienen jurisdicción sobre las dos áreas y que celosamente guardan, por lo que los potenciales conflictos deberán ser objeto de regulación en el futuro.

Aunado a las disposiciones legislativas y en virtud del sistema legal que impera en los Estados Unidos, existe una diversidad de disposiciones que podríamos catalogar como administrativas y que regulan, esclarecen, limitan o expanden las mencionadas disposiciones legales, la mayoría de ellas y de las que hablaremos a continuación, son tendientes a obligar a las Instituciones Bancarias a establecer programas internos para evitar acciones de lavado.

Conozca a su Cliente: Este programa consiste en la obligación de los bancos de guardar información acerca de sus clientes que lo lleve a conocer la actividad que desempeña, las operaciones que normalmente realiza y los montos de las mismas, todo esto con el propósito de

estar en posibilidades de detectar un posible esquema de lavado de dinero cuando ocurra un cambio en las operaciones que rutinariamente realiza, dicho programa también lleva implícito el hecho de tener toda la información relativa a la localización de una persona determinada cuando un eventual esquema de lavado se haya detectado, pero también puede resultar en un beneficio de los usuarios ya que a raíz del mencionado programa pueden ser objeto de excepción de llenado de las formas de reporte de operaciones cuando se ha acreditado que por motivo de su actividad les es necesario llevar a cabo varios depósitos al día o depósitos de alto valor; un ejemplo podría ser un restaurante que de servicios desde la mañana y que deposita el dinero dos veces al día para evitar robos; dicho programa nos parece acertado pues es una manera práctica de detectar operaciones sospechosas que pudieran tener el propósito de lavado y muy viable en virtud de la proliferación de sucursales bancarias en la actualidad que ayudan a la aplicación del mencionado programa y cuyo único costo es la capacitación adecuada del personal al que se destine el desarrollo del mismo.

En Representación de Quien: El Departamento del Tesoro publicó una disposición administrativa con el número 89-5, estableciendo los parámetros sobre los cuales el programa de "en representación de quien" se debe sostener; lo anterior tiene su antecedente en otra disposición del Departamento del Tesoro en la que hacía responsables a las Instituciones Bancarias de desarrollar un programa que garantizara el llenado adecuado de las formas C.T.R. 4789, en la disposición 89-5, el departamento establece que una forma de obtener información acerca de quien es el realmente interesado en la transacción, es la de preguntar a quien la realiza si actúa por cuenta propia o por parte de otra, aunque no se especifica como se debe obtener la anterior información; el éxito del programa en cuestión depende en gran medida de políticas internas que conlleven a tener información veraz y un adecuado programa de "conozca a su cliente"; el hecho de saber "en representación de quien" se lleva a cabo una operación tiene importancia ya que en muchas ocasiones las personas que se encuentran vinculadas con el crimen pueden pedir a un tercero que realice la operación con el objeto de que su nombre no aparezca en el reporte y por lo tanto la operación no sea considerada sospechosa, dicho programa abarca también el hecho de recabar la información respecto de la persona que se beneficie con la operación como por ejemplo en las transferencias de dinero, la información que de la persona en cuya representación se efectúa la operación incluye: su identidad, número de cuenta, número de seguro social o registro federal de contribuyentes.

Operaciones Sospechosas: Esta disposición consiste en la obligación de los bancos de reportar cualquier operación que resulte sospechosa, lo cual desde luego es un dilema para las mencionadas instituciones ya que superficialmente todas las operaciones aparecen como normales y sólo pueden aparecer como sospechosas cuando son revisadas por un agente del gobierno y se descubre que el sujeto ya se encuentra en investigación. Para resolver el anterior problema existen dos medidas: los bancos deben tener un extenso conocimiento de su cliente para detectar cualquier actividad sospechosa, es decir,

se debe preguntar si la operación que se acaba de realizar concuerda con las hechas anteriormente y sobretodo si concuerda con la actividad que desempeña y una capacitación del personal en los patrones de lavado de dinero ya que una operación resulta sospechosa sólo cuando se analiza en su contexto y con lo que se sabe de quien la realiza. Como se puede ver éste programa tiene gran relación con los dos anteriores, de hecho uno a otro se complementan. Sin embargo en un futuro se deberá de establecer un criterio objetivo para determinar cuando? una operación resulta sospechosa, al respecto en su disposición administrativa 88-1, el Departamento del Tesoro provee ciertos lineamientos respecto a qué es? una operación sospechosa y que hacer cuando ésta ocurre y además determina que, aplicando el principio de excepción al secreto bancario, le deberá ser proporcionada información aún sin el consentimiento del cliente, cuando lo anterior ocurra, dicha información consiste en: Nombre de los individuos y de sus negocios, números de cuenta, dirección particular y del negocio, seguros sociales, tipo de cuentas bancarias, violaciones que el banco considere se están cometiendo y descripción de la actividad sospechosa. En la ausencia de formas que la autoridad debe proveer, los bancos realizan sus propias formas que incluyen además de la información anterior, las fechas de nacimiento, los documentos con que se identificaron, descripción física del sujeto, de los vehículos que maneja y del tipo de moneda que utiliza, lo que implica un espíritu de cumplimiento con el programa en cuestión.

Propósitos de los Créditos: Es una disposición regulatoria del Acta de Secreto Bancario y contempla que las instituciones bancarias deberán obtener información de las personas que reciban una línea de crédito, ésta información se obtendrá cuando el crédito sobrepase de diez mil dólares aun cuando no esté involucrado efectivo; la información que se deberá pedir es el nombre y domicilio de la persona, el monto del crédito y el propósito del mismo, es decir, su naturaleza y su destino y también la fecha en que se otorga. Esta disposición no es aplicable a los préstamos garantizados por bienes inmuebles pero si a aquellos con múltiples propósitos, créditos revolventes y créditos ilimitados. Muchas dudas han surgido en la aplicación de éste programa principalmente en el aspecto de cual es "el propósito del crédito" cuando éste se obtiene sin saber específicamente su destino como por ejemplo el propósito de obtener el crédito para invertirlo, es muy difícil enumerar todos aquellos casos en los que el crédito se puede a utilizar.

El departamento del Tesoro ha contestado a todas estas interrogantes diciendo que la manera de obtener el propósito del crédito es preguntar al acreditado "en que es lo más seguro que utilice el crédito", si éste no da una respuesta, no se requiere al banco que niegue el crédito, únicamente plasmar que el "propósito" no fue especificado por el cliente. Por último si la lista de los propósitos es muy larga el banco deberá resumirla y establecer la naturaleza del préstamo. Como se vió en éste capítulo los créditos son un instrumento muy efectivo de lavado de dinero ya que éstos

pueden ser pagados con dinero "sucio", mediante éste programa se puede detectar un esquema de lavado al verificar que un crédito fue utilizado de manera distinta al especificado o que el pago del mismo, por su rapidez, no concuerda con el desenvolvimiento de la actividad que se estableció en el propósito.

Pagos Relacionados con Anteriores: Así como existen disposiciones administrativas para instituciones bancarias, hay una disposición hecha por el I.R.S., que impone ciertas cargas a los negocios; como se sabe estos están obligados a llenar la forma 8300, y a partir de 1990 se adicionó dicha disposición en el sentido de que las negociaciones deberían llenar una forma cada vez que se hiciera un pago en el periodo de un año ya sea de manera singular o cuando dos o más pagos relacionados con la misma operación rebasaran en conjunto la cantidad de diez mil dólares, es decir, por la compra de un artículo se paga como anticipo la cantidad de tres mil dólares un mes después se hace otro pago relacionado con la compra por cuatro mil dólares y dos meses después un último pago por cuatro mil dólares, en éste último pago se debe llenar la forma 8300 debido a que pagos relacionados han rebasado la cantidad de diez mil dólares. El I.R.S. considera que la presente disposición ayudará a las autoridades a vigilar el cumplimiento de la ley al estar en posibilidades de conocer operaciones de gran magnitud, ya el Servicio Internacional de Contribuciones había apuntado el problema de que muchos negocios estaban dispuestos a realizar maniobras tendientes a evitar el llenado de la forma con tal de obtener el cliente y con la disposición en cuestión se pone una traba más en el incumplimiento del llenado de las mencionadas formas.

LAS CONFISCACIONES: Una de las armas contra el lavado de dinero que es contemplada en casi todas las leyes relacionadas con el mismo es la confiscación de los bienes, ya sea que estos se hayan utilizado en el esquema de lavado, que esten destinados a promover la actividad criminal o que hayan sido adquiridos con fondos ilícitamente habidos. Asimismo varias entidades Estatales son competentes para realizarlas ya que el Departamento del Tesoro ha delegado facultades al I.R.S. para confiscar bienes con valor no mayor de quinientos mil dólares y que han sido decomisados durante la investigación de violaciones a la ley de lavado de dinero, facultad que también tiene desde hace tiempo la aduana de los E.U., las facultades del I.R.S. pueden llevar hasta la confiscación de bienes que se encuentren bajo la custodia de otras direcciones del Dpto. del Tesoro y que probablemente no lleve a cabo la confiscación.

Desde luego que estas confiscaciones se encuentran ampliamente reguladas y existe la posibilidad de pelear en juicio contra el gobierno la determinación de la misma, la más recurrida de las defensas es la que consiste en probar que se desconocía que un bien fuera producto de alguna actividad ilícita o que fuera a destinarse para promover la misma aunque en la práctica esta situación es muy difícil de probar ya que además de lo anterior también es necesario acreditar que no existía una ignorancia intencional.

Para entender la trascendencia del papel que las confiscaciones juegan en el esfuerzo contra el lavado de dinero basta con analizar las cifras que las mismas alcanzan en el vecino país del norte; en el número de abril de 1992, la revista *Money Laundering Alert* publica la cifra de confiscaciones en Estados Unidos en 1991, estimando que dicha suma sobrepasó los 644 millones de dólares de los cuales el 51% del total se repartió entre siete distritos judiciales en cuatro Estados, El Dpto. del Tesoro, que es la fuente de la revista, reveló además que ha habido un incremento dramático en las confiscaciones a partir de 1985 que fue en ese entonces de 27.2 millones, éstos fondos van a dar al fondo que para el efecto mantiene el *Marshals service*, el Dpto. del Tesoro está obligado a compartir el dinero obtenido con los agrupamientos policiales que hayan prestado ayuda en casos federales, lo que lo llevó a repartir en 1991, 287.8 millones de dólares, asimismo el gobierno de los Estados Unidos está autorizado para compartir los mencionados fondos con otros gobiernos que hayan ayudado en el caso, cifra que ascendió a 19 millones de dólares en 1991 en favor de países como Canada, Colombia, Guatemala, Suiza, Gran Bretaña y Venezuela; particularmente importante es el caso de Inglaterra que recibió 2.5 millones a raíz de la solución del caso del Banco de Crédito y Comercio Internacional, que fue acusado de lavar dinero y aprisionados cuatro de sus funcionarios. Paralelo a las anteriores confiscaciones existe también el fondo que lleva la aduana de E.U. que decomisa cifras importantes de dinero y que ha logrado en un solo caso confiscar 31 millones de dólares en efectivo cuando se intentaba sacarlos del país sin llenar la forma correspondiente. Es entonces claro que el gobierno de E.U. ha emprendido una cruzada en orden de debilitar al crimen organizado mediante el decomiso de sus bienes que les representan considerables pérdidas tal vez no tanto en lo económico pero si en el sentido de tener que iniciar una nueva red para canalizar sus fondos una vez que la actual ha sido descubierta y desmantelada.

Por lo que respecta a nuestro país, el art. 115 bis del C.F.F., no contempla el decomiso de bienes producto del delito o que hayan sido utilizados para su comisión, sin embargo el Código Penal en su art. 40 establece las bases para el decomiso de bienes de una manera general para todo delito, el mencionado artículo determina que siempre que los objetos sean de uso ilícito se decomisarán y cuando sean de uso lícito se decomisarán cuando el delito sea intencional, situación que es un constante en el lavado de dinero, por lo que podemos afirmar que en México es factible decomisar bienes relacionados con el ilícito contemplado en el 115 bis del C.F.F., en cuanto a los terceros tenedores de los bienes, serán afectados con el decomiso cuando estén en los supuestos del art. 400 del propio Código Penal que de manera general contemplan el hecho de que el tercero tenga conocimiento de su origen o destino ilícito, lo anterior sin importar a que título el tercero posee el bien.

Por último mencionaremos que también como un fortalecimiento de las autoridades contra el lavado de dinero varias entidades Estatales que tienen jurisdicción sobre el lavado de dinero han creado unidades especiales para la investigación del mismo, tal es el caso de la

D.E.A. (Drug Enforcement Administration), que es una corporación especial contra los delitos relacionado con la droga y que ha enviado un comentario al Departamento del Tesoro en el cual propone que en ese país se debe empezar a imprimir dos tipo de moneda de curso legal, ambos denominados dólares pero uno para uso dentro del país y otro para su uso fuera de él, en éste caso el papel moneda para el uso del interior no tendría valor fuera del país y de ésta manera se evitaría el contrabandear el dinero fuera del mismo para iniciar un esquema de lavado como ya hemos comentado, en dicha propuesta se especifica que los dos tipos de moneda serían intercambiables únicamente en las Instituciones controladas en el país y solo en determinados casos, aunque no se mencionada nada acerca de la repercusión en el ámbito económico ni como controlar la anterior situación.(26) De igual manera el Dpto. de Justicia ha creado una Unidad Antilavado en virtud de su reorganización en la División Criminal que contempla sobre todo asistencia a los cuerpos policíacos y a los District Attorneys, (Ministerios Públicos) en la persecución el mencionado delito.

En el desarrollo del presente capítulo vimos un panorama general de las operaciones financieras y aquellas que estrictamente no lo son pero que pueden ser utilizadas, ambas, como medio para lavar fondos ilícitamente habidos; con lo anterior se pretende tener un panorama general respecto de como estas operaciones funcionan y por lo tanto como pueden ser utilizadas con el propósito de lavar dinero para además encontrar un sistema que impida la mencionada actividad, ya que conforme las regulaciones avanzan y crean más trabas también quienes se dedican a la mencionada actividad van buscando nuevas maneras de llevar a cabo su cometido que convierte éste problema en una especie de carrera, hemos visto también como hasta la fecha el método utilizado en el país donde más se generan dólares sucios y probablemente donde se da la mayoría de los esquemas de lavado, al menos en su inicio, es el consistente en dar aviso a la autoridad de determinadas operaciones con ciertas características para que alguna vez puedan ser relacionadas, las operaciones, con un esquema de lavado en virtud de información adicional que se obtenga de la persona que la realizó respecto de sus nexos con el crimen, sin embargo sería aventurado intentar formular una conclusión y proponer un método para atacar el lavado de dinero con la información hasta ahora expuesta pues existen diversos factores, no siempre jurídicos, que influyen de manera determinante en éste aspecto y que hay que conocer para así estar en posibilidades de generar una propuesta acorde hasta lo posible con la realidad; de lo que nos ocuparemos en el siguiente capítulo.

NOTAS

- 1.- Revista Money Laundering Alert, Alert International Inc. Abril 1991 p. 1
- 2.- Acosta Romero Miguel, Derecho Bancario, p.176, Editorial Porrúa México, 1991.
- 3.- Acosta Romero Miguel, Op. Cit. p. 539.
- 4.- Acosta Romero Miguel, Op. Cit. p. 570.
- 5.- Acosta Romero Miguel, Op. Cit. p. 573.
- 6.- Acosta Romero Miguel, Op. Cit. p. 319.
- 7.- Mossa Lorenzo, citado por Acosta Romero Miguel, Op. Cit. p.p. 699, 700.
- 8.- Acosta Romero Miguel, Op. Cit. p.p. 705 y 708.
- 9.- Acosta Romero Miguel, Op. Cit. p.722.
- 10.- Acosta Romero Miguel, Op. Cit. p. 766.
- 11.- Acosta Romero Miguel, Op. Cit. p.768.
- 12.- Op. Cit. p. 771.
- 13.- Op. Cit. p. 959.
- 14.- Op. Cit. p. 407.
- 15.- Money Laundering, octubre 1990, p. 1
- 16.- Money Laundering, enero 1992 p.p. 1, 3.
- 17.- Traducido de Money Laundering Alert, enro 1992, p.1.
- 18.- Money Laundering, marzo 1990, p.3.
- 19.- Money Laundering, marzo 1990, p.3.
- 20.- Money Laundering, agosto 1990, p.1.
- 21.- Money Laundering, agosto 1990, p.4.
- 22.- Money Laundering, agosto 1990, p.1.
- 23.- Money Laundering, diciembre 1989, p.6.
- 24.- Money Laundering, mayo 1991, p. 1
- 25.- Money Laundering, mayo 1991, p. 6.
- 26.- Money Laundering, marzo 1990, p.1,2.

CAPITULO III

Paralelamente al análisis de los aspectos jurídicos que conforman la figura del delito de lavado de dinero, que se han tratado en los capítulos anteriores, es necesario analizar aquellos factores que influyen en el contenido de la norma y que no son de índole específicamente jurídica, es decir, el hecho de tipificar determinadas operaciones con el propósito de lavado de dinero como delito, obedece a ciertas circunstancias políticas, económicas y sociales que de alguna manera determinan la inclusión del delito de referencia en los ordenamientos legales; en la actualidad esta figura delictiva, se debe entender, tiene el propósito de atacar el crimen organizado cualquiera que sea su actividad preponderante, sin embargo, podemos decir que el factor fundamental por el que el mencionado delito aparece, es la actividad del narcotráfico que aunque como ya se dijo no es la única que lava dinero, si es la más importante por ser la que más cantidad de dólares sucios genera. En virtud de la nueva etapa de las relaciones México-Estados Unidos que se inició en el presente periodo presidencial, nuestro país tipificó el delito de lavado, en terminos muy semejantes al vecino país del norte, como apoyo al esfuerzo que ambas naciones se comprometieron a efectuar en contra del narcotráfico, aunque cabe mencionar que México no es considerado internacionalmente como centro importante de lavado de dinero (1); es por tanto necesario tratar el tema del narcotráfico y su influencia en la figura delictiva de lavado de dinero.

NARCOTRAFICO

En todo el mundo el lavado de dinero genera aproximadamente 300 billones de dólares anualmente y la actividad del narcotráfico es responsable de la mayor parte de ellos, en Estados Unidos los ordenamientos legales que regulan esta actividad se enfocan principalmente al narcotráfico y diversos organos estatales como la D.E.A. y el Departamento de Justicia han dicho que el esfuerzo antilavado debe enfocarse hacia el dinero de la droga en virtud de que además del tráfico ilícito de estupefacientes el narcotráfico tiene delitos conexos como los asesinatos y la venta ilegal de armas, es decir, utilizan todas las estrategias y tecnología a su alcance para su expansión, el problema no se centra unicamente en el negocio de la droga sino en el sinnumero de infracciones que éstos grupos cometen para obtener una infraestructura que les permita comercializar el producto, evitar ser atrapados facilmente y luchar contra otros grupos por un mercado determinado; podemos citar el ejemplo de las bandas jamaíquinas que operan en Estados Unidos y que el Departamento del Tesoro estima son cerca de 40 con 10,000 fieles miembros y perciben al año un billon de dólares por su actividad, son responsables de más de mil asesinatos, se encuentran en casi todas las ciudades americanas y son extremadamente violentas.

El control absoluto de las drogas es hasta ahora un objetivo que ningún país ha logrado y esto se debe en gran parte a que la demanda del producto lejos de reducirse, ha aumentado, mucho se ha culpado a

los países que viven éste problema de estar atacandolo erroneamente, ya que al fortalecer cuerpos policíacos y reprimir estos grupos lo que se logra es que se busquen nuevos métodos de cultivo y comercialización y se armen poderosamente para combatir contra los mencionados cuerpos policíacos llevando la violencia a las calles de las ciudades, por lo que el combate al narcotráfico, que abarca desde el enfermo que abusa de estupefacientes hasta el delincuente que los produce y comercializa, en un futuro deberá contemplar el hecho de atacar el problema de raíz, es decir, fortalecer valores tradicionales para combatir esencialmente la demanda del producto y evitar las operaciones de lavado para lograr que la utilidad de la venta no pueda ser reciclada en la economía legítima, mucho hay que hacer al respecto ya que sin lugar a dudas el abuso de las drogas es uno de los más delicados problemas en la actualidad y un signo inequívoco de autodestrucción.

El Grupo Europeo de los 7 países industrializados, a través de su comisión especial contra el lavado de dinero ha publicado cifras respecto de la producción de droga en el mundo y que nos da un panorama claro del por qué de la importancia del narcotráfico en éste aspecto, éste grupo estimó que la producción de opio en 1990 en todo el mundo alcanzó las 3,308 toneladas métricas, la hoja de cocaína 227,055 toneladas métricas y la hoja de cannabis 25,835 toneladas métricas; de los anteriores datos se hicieron preguntas como: cuanto es consumido o decomisado en su lugar de origen o en tránsito?, cuanto se exporta?, hacia donde?, cuanto es consumido?, a que precio?; se concluyo que los traficantes de cocaína vendieron 150 toneladas a un costo de \$192 millones de dólares la tonelada, 10 toneladas de heroína con una ganancia total de 10 billones de dólares y 67 billones por la venta de 10 toneladas de marihuana, haciendo circular en ganancias un aproximado de 67 billones de dólares anualmente; lo que implica una ganancia para los traficantes de \$232,115 dólares por minuto, es pues obvia la importancia que el lavado de dinero tiene tanto para los traficantes como para los gobiernos de los países.(2)

"Existe tal número de sustancias utilizadas en formas tan diversas y con fines tan disímiles, que no hay una manera de establecer un sólo punto de vista o una definición exacta, capaz de abarcar todas las consideraciones médicas, psiquiátricas, psicológicas, sociológicas, culturales, políticas, económicas, religiosas, éticas y legales, que impactan directamente en la proliferación de la farmacodependencia y el narcotráfico".(3)

En México el abuso de las drogas plantea un reto enorme ya que el riesgo de desarrollo endémico es cada vez más evidente y amenazador, por lo tanto en nuestro país el Poder Ejecutivo Federal ha publicado El Programa Nacional para el Control de Drogas, que como el mismo programa lo establece, constituye el marco de acción del gobierno de México en esta materia, dicho programa está formado por un diagnóstico de la situación de la demanda de estupefacientes y psicotrópicos y la situación del tráfico ilícito de los mismos así

como un diagnóstico de atención a la farmacodependencia y la cooperación internacional, integran a dicho programa también la política nacional respecto del abuso contra las drogas, las líneas estratégicas como el fortalecimiento de las acciones de prevención de la farmacodependencia y la comisión de delitos contra la salud, coordinación y concentración entre la sociedad y los gobiernos federal, estatal y municipal; los proyectos dentro de los cuales está el abatir la producción de estupefacientes, intercepción del tráfico ilícito de drogas y el financiamiento y reciclaje de los productos financieros del narcotráfico. El programa también contempla los compromisos sectoriales y estatales, la participación social y el marco legal del programa.

El objetivo general del programa, basado en el compromiso y obligación constitucional del gobierno de México de mantener y promover la salud de los mexicanos, es el de "Abatir los niveles de farmacodependencia, producción, procesamiento, tráfico y comercialización ilícitos de psicotrópicos y estupefacientes actuando con un enfoque integral, promoviendo la disminución de la demanda y reduciendo la oferta de psicotrópicos y estupefacientes, mediante acciones preventivas, disuasivas, jurídico penales, de participación comunitaria e internacionales." Asimismo dentro de los objetivos específicos se encuentran el abatir la producción y tráfico ilícito de estupefacientes y los delitos conexos como el tráfico de armas, proteger la estructura económica regional y nacional, evitando que los recursos provenientes del narcotráfico interfieran en los sistemas financieros y actividad productiva de la población, proteger las instituciones públicas tanto administrativas como políticas, evitando que los recursos del narcotráfico las vulneren a través de la violencia, la corrupción o la infiltración; a su vez este objetivo del programa se refleja en tres vertientes que abarcan el compromiso del gobierno de preservar la integridad física y mental de la población que se ve agredida por sustancias que lesionan su potencial desarrollo, la protección de las estructuras nacionales tanto políticas, económicas como sociales, ante las agresiones de una maquinaria criminal que, por su poder económico, busca deformar y trastocar los fines de cualquier instancia del poder político. y por último la política que se expresa en el ámbito de las relaciones internacionales.

Para estar en posibilidades de instrumentar un programa para combatir la actividad del narcotráfico fue necesario hacer un análisis respecto de la situación de la demanda de estupefacientes en el país, dicho análisis se hizo sobre un encuesta realizada por el sector salud llamada Encuesta Nacional de Adicciones (ENA), que investigó sobre el uso de narcóticos, sedantes, estimulantes, alucinógenos y marihuana; dicha encuesta se circunscribió a individuos entre los 12 y 65 años de 15,000 viviendas urbanas, según resultados obtenidos, el 4.8 por ciento de esta población ha consumido una o más de las drogas investigadas al menos una vez, siendo la marihuana la de mayor índice de consumo seguida de los tranquilizantes y los inhalables, destacó en la encuesta el hecho de que los jóvenes mexicanos que han pasado una temporada en los Estados

Unidos de América regresan a sus lugares de origen con adicción a la heroína, cocaína o algunas otras sustancias, destacó también el aumento en el uso de los inhalables y la cocaína en los últimos diez años, así como la disminución de la marihuana y los psicotrópicos.

Por grupos de edad y sexo destaca que los hombres usan mayormente marihuana e inhalables, mientras que las mujeres prefieren las drogas médicas, los usuarios activos, se ubican en los grupos de menor edad que va de los 12 a los 17 años.

Situación del Tráfico ilícito

El valor del mercado mundial ilícito de drogas está calculado en aproximadamente 500 millones de dólares, con la tendencia de crecimiento más alta en la economía internacional, los Estados Unidos son uno de los mercados de consumo de drogas ilícitas más fuertes del mundo, situación de gran importancia para nuestro país por sus casi 3000 kilómetros de frontera con aquel país, ya que es una escala necesaria para el curso de las drogas provenientes de Sudamérica y un atractivo para aquellos grupos de campesinos marginados y extremadamente pobres además de las condiciones geográficas favorables. México produce en su territorio marihuana, goma de opio y heroína cruda; las áreas de producción de la amapola están en el litoral del Pacífico, donde alcanza su mayor altitud la Sierra Madre Occidental, localizándose también en estas áreas laboratorios rústicos para su procesamiento en heroína; en cuanto a la cocaína, México no es productor pero sí un trampolín para su mercado más voraz, los Estados Unidos. Las rutas que utilizan los narcotraficantes de la cocaína son: La Ruta central, la Costa del Pacífico, el Caribe y Golfo de México, la costera del Pacífico y la Costera del Golfo, estas últimas tienen características peculiares ya que los cargamentos son arrojados al mar y se deja que la corriente natural los deposite en los litorales o son recogidos por lanchas rápidas.

En respuesta a este auge en el tráfico ilícito de estupefacientes el gobierno de México ha implementado diversos operativos y las estadísticas muestran el esfuerzo realizado; el caso de la cocaína es el de mayor impacto pues en 1983 se aseguraron 650 kilos de esta sustancia en comparación con las 50 toneladas incautadas en 1991, en los últimos tres años se erradicaron 55,823 hectáreas de cultivo de estupefacientes, el 57% de marihuana y el restante 43% de amapola, en el mismo período se aseguraron 140 toneladas de cocaína, 1,586 toneladas de marihuana, 523 Kg de heroína y 827 de goma de opio. Michoacán es el Estado donde más marihuana se ha decomisado, Sinaloa en opiáceos y Jalisco en psicotrópicos, sin embargo los anteriores datos representan el 30% de la superficie total sembrada. De igual manera se han incautado a los delincuentes 16,387 vehículos terrestres, 309 aeronaves, 113 embarcaciones y 30,870 armas. Cabe señalar por último que la tasa promedio de crecimiento de los decomisos de la cocaína de 85% se ha mantenido en los últimos ocho años; la cual quintuplica la tasa de crecimiento de la producción que es de el 16% anual.

Dentro de la cooperación internacional México ha jugado un papel importante pues contribuyó al diseño de la convención de Viena contra el narcotráfico auspiciada por la O.N.U., y con el CICAD, organismo de la O.E.A., y de las cuales se hablará posteriormente. La cooperación internacional se establece en diversas áreas como el intercambio tecnológico para la investigación judicial, el de información sobre redes de narcotráfico y la formación de recursos humanos para la prevención, tratamiento e investigación epidemiológica.

La Prevención de la Farmacodependencia

Las experiencias nacionales e internacionales han demostrado que en la atención a la farmacodependencia y los delitos contra la salud, la forma más eficaz para mantener las condiciones de salud de una colectividad es la prevención; educar para la salud es uno de los medios idóneos para resolver el problema del abuso de las drogas. La acción educativa es muy amplia se lleva a cabo en los diversos niveles escolares y aquellas modalidades de educación informal como el trabajo, los centros recreativos y el núcleo familiar que es de gran importancia ya que la desintegración de éste es un factor determinante en la drogadicción ya que los individuos encuentran en la droga un medio de evasión a sus problemas familiares y cotidianos por lo que también es de tomarse en cuenta como factor de la drogadicción el tren de vida y stress ciudadano que el mundo vive en la actualidad, creemos por nuestra parte que el papel en la educación para la prevención de la drogadicción debe ser de tipo formativo y no informativo, así lo considera también el Programa Nacional que se comenta al establecer: "Está visto que los temas que abordan conflictos sociales como el uso indebido de drogas o la violencia, cuando son tratados al margen de una escala valorativa, producen confusión, una toma equivocada de conciencia y una forma parcial de conocimiento frente a estos problemas. La tendencia a informar sobre la droga sin antes proveer de elementos de juicio para determinar lo que la droga es, ha producido curiosidad, duda y atracción. A la droga no se le debe abordar como tema de conocimiento sin antes dotar al estudiante de la capacidad para distinguir entre lo que es bueno y malo, entre lo que conviene o no a la salud, entre lo que sirve para incrementar la autoestima y lo que la reduce. En la actualidad el combate a la droga se debe ver de diferente manera y con distintos métodos, el erradicar los plántos y decomisar las sustancias son un aspecto muy importante pero para atacar de fondo el problema hay que acabar con la demanda y el consumo de los mismos como se intenta al parecer sin mucho éxito con los programas D.A.R.E. y Di No a las Drogas.

Para abatir la producción de estupefacientes se requiere de un programa e infraestructura muy avanzados ya que los productores modifican constantemente las prácticas que utilizan dificultando las tareas de erradicación, estos cambios incluyen la atomización de las áreas cultivadas, multiplicando con ello el número de plántos y el mejoramiento en las técnicas de cultivo que reducen los ciclos de desarrollo. En la atención de este problema es necesario acompañar

la acción destructiva, con otras que incidan en la detección y abatimiento que propician la reaparición de cultivos, es decir, complementar la tarea destructiva, realizando las investigaciones que conduzcan a la detección de conductas delictivas organizadas en torno a la producción, el financiamiento, el procesamiento, transporte, distribución y el tráfico de armas.

Respecto al financiamiento y reciclaje de los productos financieros de narcotráfico, es decir, al lavado de dinero, el programa contempla diverso aspectos, se dice que para comparar la dimensión de los recursos del narcotráfico, se puede mencionar por ejemplo, que las divisas recibidas por México provenientes de las exportaciones petroleras y no petroleras, más el valor agregado de maquiladoras en 1990 es un cifra comparable a los ingresos brutos de los narcotraficantes que actúan en México, se desconoce la proporción que guardan esos recursos financieros que se introducen al país con los del extranjero pero se estima que la mayoría de ellos ahí permanece. Se dice pues que los flujos monetarios que financian la producción y tráfico y los obtenidos de la venta son incorporados a la economía formal a través de las operaciones de lavado. Por ello dentro del programa de acción está considerado como indispensable, combatir y castigar el financiamiento al narcotráfico, y a los mecanismos de legitimación que utiliza para los capitales que produce dentro del territorio nacional.

Dentro del programa se hace un consideración jurídica acerca de los ordenamientos legales que combaten el lavado de dinero al decir: La legislación mexicana tipifica como delito contra la salud lo que concierne al financiamiento a la producción y tráfico ilícito de drogas, por lo que se persigue de la misma manera que estos últimos. Sin embargo, el reciclaje de los productos financieros está tipificado como delito fiscal, por lo que la autoridad encargada de perseguir este delito solo puede actuar previa querrela de la autoridad hacendaria, dificultad que ya se ha tratado en el capítulo anterior, el programa continua diciendo que esta separación en el tratamiento legal de una conducta que forma parte de la unidad delictiva del narcotráfico, entorpece la continuidad en la investigación y provoca la falta de oportunidad y efectividad en las respuestas al tráfico ilícito de drogas por lo que debe analizarse la posibilidad de tipificarlo en el Código Penal.

Respecto de estas últimas aseveraciones que se contemplan en el programa que nos ocupa, consideramos necesario hacer algunos comentarios; es sobresaliente el hecho de que el programa considera a la actividad de lavado de dinero como parte de la *unidad delictiva del narcotráfico*; ya hemos mencionado que el narcotráfico no es la única actividad delictiva que recicla sus recursos financieros, pero tal posición del Ejecutivo Federal plasmada en el programa, refuerza la opinión de que la inclusión de las operaciones de lavado de dinero en nuestra legislación obedece directamente al esfuerzo para combatir el abuso y tráfico ilícito de drogas, de igual manera cabe señalar la

posición de que es necesario tipificar el delito en un ordenamiento diverso al Código Fiscal por lo obstaculos teoricos y prácticos que representa.

Dentro de los objetivos del proyecto para abatir el lavado de dinero se encuentran: a) Establecer un sistema de detección verificación y persecución de operaciones financieras relacionadas con el narcotráfico, b) Adecuar la legislación con el propósito de incluir, dentro de los delitos asociados al narcotráfico el referente al lavado de dinero y activos, c) Fortalecer y formalizar la cooperación internacional en materia de intercambio de información sobre el lavado de activos provenientes del narcotráfico, así como la referente al aseguramiento, decomiso y aplicación de bienes producto del narcotráfico, d) Llevar a cabo el estudio legal integral que permita determinar la posible tipificación del delito de lavado de dinero, así como la factibilidad y utilidad de tales acciones, y e) Coordinar con autoridades financieras extranjeras el intercambio de información sobre otros posibles delitos, reforzando con ello las averiguaciones o procesos que eviten la impunidad.

Estructura del Programa

El programa se realizara con base en la siguiente distribución de niveles de facultades y responsabilidades:

A. Nivel decisorio, el Poder Ejecutivo adopta las recomendaciones formuladas por el grupo ad-hoc, creado por instrucciones del presidente.

B. Nivel de planeación y dirección, es un grupo especializado que tendrá la responsabilidad de delinear las políticas y los programas de dirección, en el seno del gabinete de Seguridad Nacional.

C. Nivel de Coordinación ejecutiva y seguimiento, encargado a la Procuraduría General de la República, que desempeña la función de secretariado técnico para la coordinación, seguimiento y evaluación de los programas emanados del grupo especializado.

D. Nivel Consultivo, por medio del cual se buscará para toda decisión el consejo y participación de la sociedad.

E. Nivel Operativo, que corresponde a las diferentes dependencias, dentro de las que destacan la Secretaría de Gobernación respecto de los movimientos migratorios vinculados con el narcotráfico, la S.H.C.P., que coadyuvara con la P.G.R. respecto de información relativa al narcotráfico y a la tipificación de los delitos de lavado de dinero y la propia P.G.R. a la cual está encargada establecer el sistema de detección, verificación y persecución de operaciones relacionadas con el lavado de dinero.

Parte muy importante del programa es la relativa a la información y documentación del problema, en éste se afirma que la

necesidad de conocer la magnitud y naturaleza del problema de la farmacodependencia y el narcotráfico, las tendencias de su desarrollo y la efectividad de los esfuerzos para erradicarlos, hacen de la información uno de los ejes centrales de la ejecución del programa Nacional para el Control de Drogas. El sistema de información para el Control de drogas en México es uno aunque se distinguen diversas áreas especializadas como son: el Sistema Estadístico Uniforme para el Control de Drogas en México (SEUCD), el Sistema Nacional de Información y Documentación sobre Drogas (SINID) y el Sistema Hemisférico de Información para para el Control de Drogas (SHICOD), al cual México se incorpora a través del Centro de Planeación para el control de Drogas; en síntesis, el propósito es de generar un verdadero sistema de inteligencia nacional en contra del narcotráfico.

Como es posible ver México afronta el problema del narcotráfico de una manera integral, reconociendo su complejidad; es una tendencia mundial el erradicar este problema que creemos hasta ahora se había combatido erróneamente en virtud de que los esfuerzos se encaminaban a combatir a los grupos de delincuentes frente a frente olvidándose del problema social que es el de la demanda de los estupeficientes, en un futuro se deberá atacar al narcotráfico primordialmente de una manera preventiva, reforzando valores familiares y tradicionales que lleven a una baja considerable en la demanda de las drogas lo que directamente traerá como consecuencia una baja en la producción de los mismos y también atacar de manera decisiva al talón de Aquiles del Narcotráfico: el dinero, sin la posibilidad de utilizar sus fondos, los narcotraficantes verán afectada de manera radical su forma de vida.

Es por tanto de suma importancia lograr un sistema que ataque con efectividad el reciclaje de los productos financieros, es tiempo de darle utilidad práctica en nuestro país a la figura delictiva del lavado de dinero si es que realmente hay voluntad política para encarcelar a aquellos que desempeñen esta actividad, el punto de vista del Ejecutivo Federal respecto de la desafortunada inclusión del delito en el C.F.F. nos parece adecuada, ya que la dependencia directamente involucrada en la lucha contra las operaciones de lavado es la P.G.R. y no es sano por tanto imponerle limitaciones como la que actualmente tiene al poder desempeñar sus funciones únicamente con la querrela de la S.H.C.P. que a su vez tiene limitaciones técnicas y prácticas para hacerlo y ya que se menciona a la P.G.R., es necesario también aclarar que su tarea es ardua ya que el programa Contra las Drogas en México, le ha encargado directamente el elaborar el sistema de detección de operaciones de lavado, responsabilidad que ya hemos apuntado es harto difícil y que requerirá de un esfuerzo en diversos ámbitos como la capacitación de personal, la cooperación Internacional y sobre todo el intercambio de información que le permita tener un banco de datos actualizado y veraz respecto de las redes de narcotráfico; una vez más reiteramos que no es la única actividad que lava su dinero pero al combatir de manera exitosa el lavado de dinero del narcotráfico el detectar otro tipo fondos ilícitamente habidos será ya tarea fácil. La autodestrucción por

medio de las drogas es un problema que junto con el deterioro ecológico deberá de erradicarse del planeta antes de que éste ya no exista o quienes habiten en él no tengan la capacidad suficiente para disfrutarlo.

Por último creemos que es necesario tomar en cuenta experiencias históricas respecto a la delincuencia organizada; en la actualidad su principal actividad es el tráfico ilícito de estupefacientes, pero en un futuro y a medida que la lucha contra el narcotráfico se vaya ganando es posible que estos busquen nuevas formas de actividad criminal, no hay que olvidar que una de las sustancias que pueden destruir al ser humano, en la actualidad es vendida legítimamente en todo el mundo y altamente publicitada a pesar de los estragos que sigue causando y que en un tiempo fue prohibida y quienes la producían tenían la necesidad de reciclar sus fondos, una vez que el alcohol dejó de ser negocio las mafias empezaron con la venta de las drogas, por esto consideramos que la lucha contra el narcotráfico debe de enfocarse no como una lucha contra el tráfico de ilícitos aisladamente, no como una lucha contra una actividad determinada, sino como una lucha contra ese fenómeno social llamado crimen organizado.

Para fundamentar la posición de que no sólo los narcotraficantes lavan su dinero en la actualidad, pondremos como ejemplo al Terrorismo, que requiere de dinero suficiente para financiar sus actividades, lo anterior se descubrió desde el inicio de la Guerra del Golfo Pérsico, cuando más de cien ataques terroristas se dirigieron principalmente a representaciones y negocios occidentales, todos estos ataques tuvieron algo en común, necesitaron de lavar dinero para obtener financiamiento y comprar el equipo para sus redes de información, y equipo para llevar a cabo su atentado, este dinero provenía de sus patrocinadores y se ocultaba su origen, que es el propósito principal del lavado de dinero en este aspecto, es decir, dentro del terrorismo los fondos no siempre provienen de actividades ilícitas ya que pueden provenir de determinadas empresas con fondos legítimamente habidos pero que por razones políticas o religiosas apoyan determinado grupo o incluso, los fondos pueden provenir de gobiernos, no olvidar el caso Iran-Contras que entre otras cosas implicó lavado de dinero. El caso más comentado de lavado de dinero para financiar el terrorismo es el de el grupo Palestino, Abu Nidal Organization (ANO) del cual se cree tiene redes de lavado en Thailandia y ciertos países Latinoamericanos, su presupuesto es de aproximadamente 20 millones de dólares de la cual la mitad proviene de negocios de ellos mismos establecidos con prestanombres; algún tiempo establecido en Iraq, Nidal fue expulsado por Saddam Hussein en orden de obtener ayuda de Estados Unidos para la guerra contra Iran, para regresar a Iraq tiempo despues al iniciar la guerra del golfo. Los expertos creen que la mayoría de los grupos terrorista del Medioriente lavan su dinero a través de sucursales bancarias de Estados Unidos en el extranjero, como ejemplo: Violentas facciones de la Organización para la Liberación de Palestina, transmiten electrónicamente los fondos directamente de sus cuentas bancarias a bancos de Jordania de donde se transfieren a bancos de Nueva York, también varias organizaciones trabajan con cuentas secretas de bancos

del Medioriente cuyos fondos se transmiten a Suiza, algunos se convierten en oro, se envían a diferentes lugares y se vuelven a cambiar por efectivo. En algunos casos los terroristas han recibido apoyo de los narcotraficantes que son expertos en lavado de dinero, tal vez en intercambio por armas o por determinados favores, tal es el caso del ataque a la embajada Norteamericana en Colombia perpetrado por terroristas contratados por el cartel de Medellín; el detectar operaciones de lavado de dinero por terroristas puede ser en un futuro una arma eficaz contra este mal de nuestro tiempo.

ESFUERZOS INTERNACIONALES

LA CONVENCIÓN CONTRA EL TRAFICO ILICITO DE NARCOTICOS Y SUSTANCIAS PSICOTROPICAS

La preocupación mundial respecto de la drogadicción así como el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos llevo a la Organización de las Naciones Unidas a convocar a sus países miembros a llevar a cabo el diseño y la promoción de la Convención Contra el tráfico ilícito de Narcóticos y sustancias psicotrópicas que fue adoptada en Viena el 20 de diciembre de 1988 a la que México se adhirió y fue ratificada por el Senado de la República en noviembre de 1989.

Al ser ratificada por veinte naciones, que es el requisito, la convención paso a ser parte del cuerpo de leyes internacionales; en adición a diversos tópicos acerca del problema del narcotráfico a nivel mundial, la Convención contiene varios aspectos respecto del lavado de dinero como lo es el procurar facilitar la investigación a nivel internacional del mencionado ilícito, los países que la han ratificado tendrán que modificar sus legislaciones en orden de integrar a su sistema jurídico la Convención que les obliga a tipificar como delito la mencionada actividad, la parte fundamental en contra del lavado de dinero es que la Convención contempla la eliminación del secreto bancario tratándose de la investigación de operaciones financieras con el propósito de lavado de dinero y fuertes disposiciones respecto de la confiscación de bienes, sin embargo la Convención se refiere únicamente al reciclaje de fondos provenientes del narcotráfico dejando fuera otras actividades criminales.

En la actualidad 59 países miembros, lo que equivale a un tercio del mundo, ha ratificado la convención aunque eso no basta ya que hace falta que los países dicten las leyes y medidas administrativas necesarias para su aplicación, sin embargo el esfuerzo de la O.N.U. es muy importante ya que la actividad del narcotráfico muy poco se preocupa acerca de las fronteras entre países y un embate a nivel mundial con normas más o menos uniformes, será un embate con muchas probabilidades de éxito.

LA COMISION INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS

Esta comisión es un organismo de la O.E.A., que está integrada por un grupo de expertos dentro de los que se encuentran los encargados de elaborar un reglamento modelo sobre lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas; sus antecedentes son: la resolución AG/RES. 935 que contiene la Declaración y Acuerdos de Cartagena, en la Declaración Política y el Programa Mundial de Acción dedicado a la cuestión de la cooperación internacional contra la producción, la oferta, la demanda, el tráfico y la distribución ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, aprobados por la O.N.U., ratificado por el Programa Interamericano de Acción Rio de Janeiro y la Alianza de las Américas contra el narcotráfico que dieron lugar a la Declaración y el Programa de Acción Ixtapa, la mencionada comisión es presidida durante el periodo 1991-1992 por nuestro país.

En el numeral seis de la Declaración y Programa de Acción Ixtapa, se establecieron los siguientes mandatos: a) enfatizar la necesidad de legislación que tipifique como delito toda actividad referente al lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y que posibilite la identificación, el rastreo, la aprehensión, el decomiso y la confiscación de tales activos, b) tipificar como delito el lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, c) reformar los sistemas legales y reglamentarios para asegurar que las leyes sobre secreto bancario no impidan la aplicación efectiva de la ley y la mutua asistencia legal y d) recomendar a la Asamblea General que encomiende a la CICAD, la integración de un grupo interamericano de expertos para elaborar reglamentos modelo que podrían adoptar los Estados de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas.

En cumplimiento al referido numeral se seleccionó al grupo de expertos propuestos por los Gobiernos de los Estados miembros, nuestro país se encuentra representado por el Lic. José Elías Romero Apis, integran además a este grupo de expertos Argentina, Bahamas, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, Jamaica, Perú, Uruguay y Venezuela. Dicho grupo de expertos se reunió del 2 al 6 de marzo de 1992 en Punta del Este Uruguay donde se elaboró el reglamento modelo.

El reglamento modelo inicia con una introducción en donde se dice que considerando las disposiciones de la Convención de Viena y la declaración de Ixtapa la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos recomienda a los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos, la adopción de las normas contenidas en el reglamento que consta de 19 artículos:

Artículo 1: Contiene las definiciones que se aplicarán con exclusividad a todo el texto del reglamento, salvo indicación expresa, las principales definiciones son:

-Bienes: 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 activos. Al hacer mención expresa de que los derechos que graviten sobre los mencionados activos deben ser considerados como bienes, nos queda la duda respecto a que se refiere el reglamento con bienes incorporeales o intangibles, tal vez se refieran a bienes determinados o determinables.

-Decomiso: La privación definitiva de algún bien por decisión de un tribunal o autoridad competente, en nuestro país para que tenga el carácter de definitivo deberá ser un tribunal.

-Incautación o embargo preventivo: La prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes o la custodia temporal de bienes por mandato de un tribunal o autoridad competente.

-Persona: Todo ente natural o jurídico susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones.

-Productos: los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos. Los delitos conexos no se encuentran delimitados en el reglamento.

Artículo 2: Tipifica las operaciones de lavado como:

1. Comete delito penal la persona que convierta o transfiera bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos.

2. Comete delito penal la persona que adquiera, posea, tenga o utilice bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos.

De igual manera se tipifica a aquellos que oculten, encubran o impidan la determinación real de la naturaleza u origen de tales bienes, a los que participen, confabulen para cometerlos, asistan o asesoren en relación a su comisión.

El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de los delitos previstos en este artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso.

Los delitos tipificados en este artículo, serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de los demás delitos de tráfico ilícito o delitos conexos. De nueva cuenta consideramos que existe una confusión respecto de los vocablos utilizados en la redacción del tipo ya que "a sabiendas" es una denominación muy general y la

"ignorancia intencional" nos resulta difícil de entender ya que ambas palabras se contradicen, se ha dicho que la ignorancia intencional se da cuando alguien deliberadamente cierra los ojos ante algo que es evidente, pero esto resulta un problema determinar fehacientemente, cuando? una persona realmente debió darse cuenta de algo, la proveniencia ilegítima de determinados fondos, y no lo hizo intencionalmente, es una cuestión puramente subjetiva y que puede traer consigo consecuencias graves como el hecho de no llevar a cabo ninguna transacción con una persona por su acomodada posición o por sospechar de actividades ilícitas, por otro lado la proposición debiendo saber nos parece más acertada pues aquí no importa el grado de conocimiento pues basta con que la persona tenga la obligación de saber la proveniencia de los fondos, lo que también puede representar ciertos problemas, sin ánimo de exagerar creemos que lo anterior puede dar pie a la utilización por parte de los cuerpos policíacos a determinadas prácticas muy ortodoxas para obtener la confesión de las personas involucradas. Es también de resaltarse que el reglamento hace mención de "Delito Penal", cosa que para nosotros puede resultar redundante pero creemos se debe a que en ciertos sistemas de derecho los vocablos "delito", "infracción" o "falta" tienen la misma naturaleza por tener la característica de lo ilícito, lo injusto y por tanto había que aclarar que se trata de una falta que debe merecer pena privativa de libertad y no únicamente pecuniaria.

Artículo 3: Menciona que los delitos tipificados en el artículo anterior serán investigados, enjuiciados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente independientemente de que el delito de tráfico ilícito o delitos conexos hayan ocurrido en otra jurisdicción territorial, sin perjuicio de la extradición cuando proceda conforme a derecho. Este artículo tiene el propósito de evitar los conflictos de leyes entre los Estados miembros pues de adherirse estaremos hablando de derecho uniforme.

Artículo 4: Habla acerca de las medidas cautelares sobre los bienes, productos o instrumentos, dice que conforme a derecho, el tribunal o la autoridad competente dictará, en cualquier momento, sin notificación ni audiencia previas, una orden de incautación o embargo preventivo o cualquier medida cautelar sobre los productos o instrumentos relacionados con el delito de tráfico ilícito o conexos. En nuestro caso habrá que adecuarlo a las limitaciones constitucionales situación no muy difícil pues estas medidas no tienen el carácter de definitivas.

Artículo 5: Contiene las disposiciones relativas al decomiso de bienes, productos o instrumentos y dice que cuando una persona sea condenada por un delito de tráfico ilícito o delitos conexos, el tribunal ordenará que los bienes, productos o instrumentos relacionados con ese delito sean decomisados y se diponga de ellos conforme a derecho, cuando los anteriores bienes no puedan ser decomisados, el tribunal ordenará el decomiso de cualesquiera otros bienes por un valor equivalente o se ordenará que pague una multa por

dicho valor. En este aspecto es necesario mencionar que el decomiso se deberá cuando una persona haya sido condenada y además su sentencia quede firme por haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios o por no hacerlo en tiempo.

Artículo 6: Habla de los terceros de buena fe que dice que las medidas contempladas en los artículos 4 y 5 se aplicarán sin perjuicio de los terceros de buena fe, a los cuales se notificará para que asistan a deducir sus derechos y alegar un interés legítimo sobre los bienes, productos o instrumentos; la falta de buena fe puede inferirse por las circunstancias objetivas del caso; la buena fe debe acreditarse mediante: la prueba de un interés legítimo, que al reclamante no se le pueda imputar la comisión de un delito de tráfico ilícito o conexo, el reclamante desconocía, sin ignorancia intencional, la procedencia ilegítima, que no adquirió el bien con el objeto de ocultar su origen o evitar su decomiso, el reclamante hizo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes.

Artículo 7: Contiene las reglas para el destino de los bienes, productos o instrumentos decomisados; que serán para uso oficial de cualquier entidad pública que haya participado en la incautación o embargo, en el fondo especial previsto en el Programa de Acción Rio de Janeiro, a cualquier institución privada dedicada a la prevención del uso indebido de drogas, etc.

Artículo 8: Habla acerca de la posibilidad del mandato de incautación o decomiso de bienes en el extranjero por algún tribunal cuando se trate de una figura delictiva contemplada en ambos países.

Artículo 9: Habla acerca de las Instituciones Financieras, que para el reglamento son: La banca, las asociaciones de ahorro y crédito, las cooperativas de crédito cualquier institución de ahorro autorizada ya sea de capital público, privado o mixto, Las casas de bolsa, las casas de cambio; asimismo se asimilarán: las personas que realicen entre otras, las siguientes actividades: Operaciones de canje de cheques, venta o emisión de cheques de viajero o giro postal, transferencias de fondos y cualquier otra actividad sujeta a supervisión por las autoridades bancarias.

Artículo 10: Establece las reglas para la identificación de los clientes y mantenimiento de registros, dice que las instituciones financieras deberán tener cuentas nominativas sin utilizar nombres ficticios o inexactos y deberán verificar la identidad de su cliente, su tipo de negocio, el objeto social de su empresa así como obtener la verdadera identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se lleva a cabo una transacción, deberán mantener la documentación e información a que alude el presente artículo durante toda la vigencia de la cuenta y cinco años después y deberán de mantener registros que permitan la reconstrucción de las transacciones financieras.

Artículo 11: Los registros deberán estar disponibles dentro del plazo que se determine y llenar las solicitudes de información que les dirijan las autoridades, ninguna institución podrá informar a persona alguna el hecho de que una información ha sido solicitada o proporcionada al tribunal o autoridad competente, las cuales la compartirán con otras autoridades, esta información será tratada como confidencial.

Artículo 12: Que impone la obligación de registro y notificación de transacciones en efectivo y que dice:

Toda institución deberá registrar en un formulario diseñado por la autoridad competente cada transacción en efectivo en moneda nacional o extranjera que supere determinado monto, los formularios deberán contener por lo menos: a) la identidad, la firma y la dirección de la persona que físicamente realiza la transacción, b) la identidad y dirección de la persona en cuyo nombre se realiza la transacción, c) la identidad y la dirección del beneficiario o destinatario de la transacción si la hubiere, d) la identidad de las cuentas afectadas por la transacción, si existen, e) el tipo de transacción, f) la identidad de la institución financiera en que se realice y g) la fecha, hora y monto de la transacción.

El registro será llevado en forma precisa y completa y se conservará por cinco años, las transacciones múltiples en efectivo tanto en moneda nacional como extranjera que en su conjunto superen el monto establecido serán consideradas como una transacción única si son efectuadas en un mismo día o en el plazo que fije la autoridad competente, los mencionados registros deberán estar a disposición de la autoridad competente y las disposiciones sobre secreto bancario no serán un impedimento para el cumplimiento del presente artículo.

Artículo 13: Habla acerca de la comunicación de operaciones sospechosas y dice que las instituciones financieras deberán prestar atención en aquellas operaciones efectuadas o no, complejas o insolitas, significativas y a todos los patrones de transacciones no habituales y a las transacciones no significativas pero periódicas, que no tengan un fundamento económico o legal evidente. Al suceder lo anterior se deberá dar aviso inmediato a la autoridad competente; los funcionarios que de buena fe den cumplimiento a lo establecido estarán exentos de responsabilidad civil, penal o administrativa aun cuando la restricción emane de alguna disposición legislativa o tenga naturaleza contractual.

Artículo 14: Establece que las instituciones financieras o sus empleados o propietarios que actúen como tales, tengan participación en un delito de tráfico ilícito o conexo, estarán sujetos a penas más severas, las instituciones financieras serán responsables conforme a derecho por los actos de sus empleados o propietarios. Comete delito

penal la institución financiera sus empleados o propietarios que deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los artículos 10 a 13 o que falseen los registros aludidos.

Recibirán además, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil, una multa por el incumplimiento de las disposiciones establecidas en los artículos 10 a 13 y 15 del reglamento.

Artículo 15: Las instituciones financieras deberán establecer programas, procedimientos y controles internos para prevenir y detectar los delitos previstos en el artículo 2, los mencionados programas incluirán como mínimo: a) asegurar el alto nivel de integridad del personal y un sistema para evaluar los antecedentes personales, laborales y patrimoniales del mismo, b) programas como "conozca a su cliente" e instruirlo en las obligaciones señaladas en los anteriores artículos, c) un mecanismo de auditoría independiente para verificar el cumplimiento de los programas.

Artículo 16: Habla de las disposiciones para otros obligados que pueden abarcar cualquier tipo de actividad económica cuando la transacción se realice en efectivo y supere determinado monto, tales como: a) la venta o traspaso de bienes raíces, armas, metales, artes, objetos arqueológicos, joyas, automóviles, barcos, aviones u otros bienes duraderos de consumo, bienes coleccionables o servicios relacionados con los viajes o el entretenimiento, b) casinos y otras operaciones relacionadas con juegos de azar, ó c) servicios profesionales.

Artículo 17: En este artículo se encuentran establecidas las obligaciones de las Autoridades competentes en las que se hace mención especial a aquellas que tengan facultades de reglamentación y supervisión sobre las instituciones financieras, dentro de estas obligaciones está: a) otorgar, suspender o cancelar permisos de operación de instituciones financieras, b) evitar que alguna persona no idónea controle o participe en la dirección de una institución financiera, c) fiscalizar y controlar a las instituciones en sus programas de registro y notificación establecidas en el reglamento, d) brindar a otras Autoridades competentes la información obtenida de instituciones financieras conforme al reglamento, e) dictar instructivos o recomendaciones que ayuden a las instituciones financieras a detectar patrones sospechosos de conducta en sus clientes y f) cooperar con otras Autoridades competentes del país o del extranjero respecto de la información e investigación de los delitos contemplados en el artículo 2.

Artículo 18: De la cooperación Internacional, en este artículo se establecen las bases de las relaciones entre tribunales competentes de los diversos Estados, aunque en distintos artículos se regula esta cooperación en el artículo que nos ocupa se regula el procedimiento para hacer efectiva una resolución dictada por un tribunal de distinto país, dicha resolución deberá estar relacionada con los delitos de tráfico ilícito o conexos y se tomarán las medidas apropiadas incluidas en los artículos 4 y 5 del Reglamento; la sentencia firme dictada por un país que determine el decomiso de bienes, puede ser utilizada como prueba para que los bienes a que se

refiere sean objeto de decomiso conforme a derecho, como se desprende del texto de este artículo, una sentencia dictada en un país y que ordene el decomiso de bienes no será ejecutada en sus términos por el otro país sino que servirá de prueba para determinar si éste procede o no. Por último establece que los tribunales se prestarán asistencia mutua en la investigación de los delitos de tráfico ilícito y conexos, dicha asistencia incluye la ayuda técnica, la facilitación de documentos y brindar la ayuda necesaria para la declaración de personas, esta asistencia será dada conforme a derecho, es decir, sin violar disposiciones de los diferentes sistemas legales; cabe hacer mención que aunque el reglamento modelo que nos ocupa va encaminado a evitar el lavado de dinero, en el artículo de cooperación internacional se establece que la asistencia entre tribunales de los Estados se refiere al tráfico ilícito y delitos conexos lo que quiere decir que la asistencia no se circunscribe al lavado de dinero.

Artículo 19: Establece que las disposiciones legales respecto del secreto o reserva bancaria no serán un impedimento para el cumplimiento del presente reglamento, cuando la información sea compartida o solicitada por autoridad competente conforme a derecho, por lo que en nuestro país dicha información deberá ser solicitada a través de la autoridad hacendaria.

Como podemos ver el reglamento modelo elaborado por el grupo de expertos pretende ser un ordenamiento independiente que tipifique un delito, estableciendo las bases para su prevención, investigación y su eventual procesamiento, es también visible la influencia de las disposiciones legislativa y administrativas de Estados Unidos en el presente reglamento tal vez debido a que es el país que más tiempo tiene tipificando y atacando el delito; el reglamento es apenas un modelo, su texto se ha enviado a la O.N.U. para su revisión y es de esperarse que se den modificaciones en la siguiente reunión una vez que las consideraciones del grupo de expertos de la O.N.U. regrese a la Asamblea.

De adoptarse y ratificarse el reglamento de la O.E.A., México tendrá que llevar a cabo una serie de reformas en diversos ordenamientos legales para darle aplicación al mismo ya que sus disposiciones abarcan diferentes materias como la penal, procesal penal, administrativa, bancaria, fiscal, de comunicaciones, etc; por lo anterior y a manera de conclusión al presente trabajo trataremos de hacer consideraciones respecto de las reformas que deberán hacerse en nuestro país, su viabilidad y su utilidad práctica.

NOTAS

- 1.- Revista Money Laundering Alert, abril de 1991, p. 8
- 2.- Money Laundering, septiembre de 1990, p.7
- 3.- Programa Nacional 1989-1994 Para el Control de Drogas en México, evaluación y seguimiento (1992), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de enero de 1992.

CONCLUSIONES

1.- El delito tipificado en el artículo 115 bis del Código Fiscal de la Federación, conocido como lavado de dinero, no es un delito fiscal.

2.- Es aceptado de manera uniforme en la doctrina que delito fiscal es la conducta desplegada por los sujetos pasivos del tributo en contra de la Administración Financiera del Estado, es decir, para que una conducta que ha sido tipificada por el legislador como delito tenga además la característica de fiscal es necesario que esta conducta atente contra la Hacienda Pública; Por lo expuesto en este trabajo, es claro que el lavado de dinero no es cometido por sujetos obligados al tributo, esta situación jurídica es muy independiente a la actividad criminal que pudieran desempeñar cierto grupo de individuos en una colectividad.

3.- Por otro lado, podemos afirmar que el disfrazar los fondos provenientes de una actividad criminal, no es una actividad que merme directamente los fondos que le son indispensables al Estado para su subsistencia, por lo que consideramos que la mencionada figura delictiva debe salir del Código Fiscal.

4.- Ya hemos dicho que en el artículo que nos ocupa se comete un error al establecer que el lavado de dinero tenga el propósito de evadir al fisco, ya que no es posible gravar una actividad criminal. Si los fondos de que disponen ciertas personas provienen de actividades ilícitas, al Estado no debe importarle si por ellos se pagó tributo o no, es decir, la importancia en esta figura delictiva no estriba en el destino que tienen los fondos ilícitamente habidos, sino de donde provienen los mismos. Esto aún en el caso de que el esquema de lavado se realice con fondos provenientes de evasión al fisco, ya que aquí la defraudación se logró y ahora se actualiza un nuevo delito al intentar disfrazar dichos fondos.

5.- Lo anterior nos puede llevar a afirmar que si se desea dar un tratamiento fiscal a la actividad objeto de este trabajo, bastaría y sería mucho más sencillo perseguir a las personas que lo cometen en los términos de la asimilación al delito de defraudación fiscal, es decir, una investigación a determinada persona respecto de cuanto puede acreditar que ha ganado legítimamente comparado con cuanto gastó en un lapso de tiempo determinado.

6.- Es necesario también quitar del C.F. la figura que nos ocupa para no limitar a la autoridad persecutora respecto del delito de lavado de dinero ya que para que la Representación Social intervenga en la investigación del ilícito es necesaria la querrela por parte de la S.H.C.P., lo cual presenta diversos inconvenientes siendo el principal el hecho de que la S.H.C.P. no cuenta con una información adecuada respecto de redes criminales y sus patrones de operación para así poder ligar una operación financiera de importancia con el lavado de dinero ya que como se ha mencionado, a simple vista todas las operaciones aparecen como legítimas y se ligan con el lavado hasta vincularla con alguna persona con nexos con el crimen o un patron de conducta determinado, por lo tanto, la mencionada dependencia debe intervenir de manera activa en la investigación y asesoramientos respecto de las operaciones financieras involucradas en un esquema de lavado pero no debe dejarse a ella la desición de la querrela que a su vez limita a la autoridad competente para la persecución del delito, es decir la P.G.R.

7.- El texto del artículo 115 bis del C.F. debe ser modificado ya que su tipificación presenta algunos defectos; respecto del elemento subjetivo en la comisión del presente delito, que es el previo conocimiento de que los fondos provengan de una actividad ilícita y es descrito en el texto del 115 bis como "a sabiendas" de que una suma de dinero o bienes tengan ese origen ilícito, diremos que el término a sabiendas es preciso y significa con conocimiento de, a ciencia cierta, por lo que para que este delito se actualice es necesario que el sujeto activo tenga una idea clara y precisa de que los fondos son ilícitamente habidos, el problema estriba en que no hay un criterio objetivo para delimitar cuando existe una certeza o no de la mencionada ilicitud de los fondos; además es de tomarse en cuenta la enorme dificultad que representará para las partes en un eventual juicio y para el juzgador mismo el hecho de probar este elemento subjetivo y acreditar la existencia del delito, que creemos se logrará principalmente mediante la confesión del sujeto activo y que engendra el peligro de que esta confesión sea arrancada del individuo con los medios, no muy humanitarios, practicados por cuerpos policíacos en el mundo, en especial en nuestro país.

8.- Insistiendo en que el vocablo "a sabiendas" significa con conocimiento de, a ciencia cierta, creemos entonces extremadamente difícil la persecución de este delito ya que una certeza clara de que los fondos de una persona tengan origen ilícito se tendrá hasta que haya una resolución judicial que así lo indique.

9.- Respecto de la tipicidad, también es un factor para el cambio del texto del artículo el hecho de que no se establece en el mismo si el delito se configura una vez que se ha llevado a cabo una operación financiera o cualquiera de las contempladas, con los fondos ilícitos, o es una condición el hecho de que se realicen con alguno de los propósitos establecidos en el propio artículo, muchas veces un delincuente podrá llevar a cabo, una compraventa por ejemplo, no con el propósito de disfrazar el origen ilícito de el dinero que utilice

sino el de obtener el objeto cuyo precio está pagando, en este caso no se actualiza ninguno de los propósitos establecidos en el 115 bis, estaremos entonces en presencia del delito o no?, creemos por nuestra parte que en el texto del artículo en un futuro deberá establecerse que los propósitos que una persona tenga al lavar dinero y se describan en el tipo se listan de manera enunciativa y no limitativa.

10.- El delito de lavado de dinero es cometido por organizaciones criminales, verdaderas redes de delincuencia que no respetan fronteras; un delincuente aislado no cuenta con los conocimientos y elementos necesarios para desarrollar un esquema de esta naturaleza y además no lo necesita pues no mueve cantidades importantes como para despertar sospecha, en cambio las grandes organizaciones necesitan de estos esquemas para evitar ser atrapados, pero esta no es su única preocupación ya que esto lo pueden lograr por medio de la corrupción de funcionarios públicos, ellos necesitan del lavado para alentar su actividad, para expandir su poderío y no perder mercado frente a otras agrupaciones de la misma naturaleza por lo que el ataque al lavado de dinero en un futuro deberá hacerse de una manera integral.

11.- También resulta interesante el considerar si el ataque efectivo al lavado de dinero puede tener efectos secundarios en nuestro país, ya que por un lado se establecen ordenamientos legales que fomentan la inversión extranjera, directa o indirecta, y por otro, un excesivo control del capital que se vierta en nuestro país, podría auyentar esta inversión.

12.- Para atacar y erradicar el lavado de dinero en la actualidad no basta con tipificar su conducta como un ilícito penal, es necesario además establecer las bases y procedimientos para la investigación y hacer efectiva la penalización, estas medidas deberán enfocarse a las tres etapas que conforman la mencionada actividad que son a saber: la Disposición, la Colocación y la Integración; ya se ha dicho que el lavado únicamente disfraza el rastro de los fondos, por lo que técnicamente es posible detectarlos si se utilizan los medios adecuados que vayan dirigidos a estas tres etapas de la figura y no solo para penalizarlo sino para prevenirlo creando trabas a quienes se dedique a esta actividad, consideramos será más exitoso establecer un sistema eficaz de prevención y detección que una excesiva penalidad.

13.- Por la naturaleza económica del delito de lavado de dinero su parte medular se encuentra en el sistema financiero del país, por lo tanto, el control en este sector debe ser minucioso, debe especificarse con exactitud el término de operación financiera que utiliza el Código Fiscal y delimitarse aquellas otras operaciones que no tengan esta naturaleza pero que de igual manera sirven para lavar dinero. El sistema bancario es el sector más afectado mediante esta actividad ya que la mayoría de los fondos vienen a parar a él al final de cuentas; ya hemos expuesto que el depósito de dinero en

cuentas bancarias es un común denominador en el lavado de dinero ya que aunque la colocación no sea realizada mediante esta operación, debido a las altas sumas de dinero, estos fondos siempre paran en cuentas bancarias en la etapa de la integración e inclusive una vez concluida esta última en cuentas personales de los involucrados en el esquema. La moderna banca múltiple tendrá que realizar esfuerzos considerables para contribuir a la erradicación de este mal, no por lo que este es, sino por lo que representa, llevando un control adecuado de sus operaciones y la información que de estas tengan la obligación de proporcionar.

14.- Las Organizaciones Auxiliares del crédito también tendrán que ajustar sus programas para establecer un sistema de detección de operaciones de lavado, ya que las operaciones que estas realizan, son consideradas, al menos doctrinariamente, como financieras. Los Grupos Financieros del país deberán contemplar en su estructura una esquema de supervisión de sus miembros para consolidarse como grupo y hacerse menos vulnerable al lavado de dinero.

15.- Ahora bien, como se deberá regular e implementar el sistema que imponga la obligación a las instituciones de banca y crédito y a las organizaciones auxiliares, a establecer un programa, si no de detección, por lo menos de información a las autoridades competentes para localizar un esquema de lavado de dinero?, la respuesta a esta pregunta no es sencilla, muchos países que tipifican esta actividad aún no llegan a tener un alto grado de eficacia en sus propios programas; en nuestro país de manera específica únicamente se cuenta con el artículo 115 bis del C.F. y de manera general una serie de figuras jurídicas que si bien son utilizables, no representan una herramienta adecuada para su combate; la excepción al secreto bancario no es del todo aplicable ya que contempla la obligación del banco a suministrar información cuando una autoridad judicial lo requiera y en el caso que nos ocupa esta información es muy valiosa pero para detectar el esquema de lavado y así entonces estar en posibilidades de consignar ante un juez penal, por otro lado la autoridad administrativa hacendaria tiene facultades para solicitar esta información pero en materia fiscal y como ya hemos expuesto el delito de lavado de dinero nada tiene que ver con obligaciones tributarias, por lo que creemos es necesario entonces crear un sistema de informes o avisos bancarios, fundamentados en el principio de la excepción al secreto bancario pero que de una manera específica se relacione con la actividad de lavado de dinero; este sistema de avisos es en la actualidad el utilizado por la mayoría de los países que tipifican el delito, pero no por esto deberán copiarse sus disposiciones sino utilizarse como modelo para crear las disposiciones aplicables en nuestra legislación.

16.- Es también de suma importancia contemplar el hecho de que no siempre se realiza el esquema de lavado mediante operaciones financieras, al menos en la etapa de la disposición o colocación, sino que también se utilizan algunas otras como la compraventa y la

transferencia de fondos, como hemos visto inclusive las importaciones y exportaciones representan una gran ventaja para quienes desempeñan esta actividad pues tienen una escasa vigilancia, para atacar el lavado mediante estas operaciones se han considerado a los establecimientos que los realizan como instituciones financieras para englobarlas en las disposiciones que obligan a las instituciones que si tienen naturaleza financiera y además reciben inspecciones para corroborar que han dado aviso en todas las operaciones que tenían obligación; en nuestro país para implementar un sistema de avisos a negociaciones tendría que desplegarse un enorme esfuerzo tanto legislativo como administrativo y publicitario y es necesario además tomar en cuenta que para verificar el cumplimiento con estas obligaciones se tendrían que practicar visitas domiciliarias las cuales se encuentran limitadas por nuestra carta magna únicamente para cerciorarse que se han cumplido con los reglamentos sanitarios y de policía y que se han acatado las disposiciones fiscales, y el delito que nos ocupa nada tiene que ver con lo fiscal.

17.- Por otro lado el sistema de avisos a la Autoridad es el único hasta la fecha conocido para combatir la actividad de lavado y aunque ya ha habido otros intentos como el propuesto por la D.E.A. de emitir para su circulación billetes distintos en el país de origen que en el extranjero el más utilizado y práctico hasta la fecha es el de los avisos pues como ya se ha dicho las operaciones en un inicio aparecen todas como legítimas, el propósito de los avisos bancarios es el de guardar un record de todas las operaciones de un monto considerable que se realicen para así estar en posibilidad de en un futuro ligarlas a un esquema de lavado de dinero una vez que se ha vinculado al que las realizó con el crimen organizado o en su caso para detectar patrones de operaciones que en su conjunto resulten sospechosas y estar en posibilidad de seguirles el rastro. Por eso también son importantes los programas que no entrañan el reporte de operaciones de sumas considerables, pero si el reporte de operaciones sospechosas, el conocimiento del cliente y su actividad, el propósito las operaciones y quien es el verdaderamente beneficiado con la operación.

18.- Para estar en posibilidades entonces de implementar este sistema de avisos será necesario una gran reforma legislativa que va desde crear el sistema respetando nuestra Carta Magna hasta la reforma de los siguientes ordenamientos: Código Fiscal de la Federación, Código Penal para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal, Ley de Instituciones de Crédito, Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Reglamento de la Comisión Nacional Bancaria, Ley del Mercado de Valores, Ley del Impuesto Sobre la Renta, Ley Aduanera, Ley de Sociedades de Inversión, la Ley Federal de Vías Generales de Comunicación y la Ley del Servicio Postal Mexicano. Como se puede apreciar la tarea es muy difícil y sobre todo tendría que considerarse si vale la pena iniciar toda una cruzada de reforma legislativa ante la disyuntiva de crear un ordenamiento autónomo para regular la presente actividad.

19.- Consideramos que en la actualidad el combate al lavado de dinero está enfocado a luchar contra el crimen organizado, concretamente el narcotráfico, no es posible desligar el hecho de que los narcotraficantes son los principales lavadores de dinero en el mundo y que la tipificación del delito que nos ocupa se realizó para agregarlo al combate contra el tráfico ilícito de drogas, pero consideramos que este combate deberá hacerse desde otros puntos de vista, fundamentalmente el de la prevención, aunque no por esto deberá restarsele importancia al lavado de dinero, lo anterior lo comentamos debido a que como alternativa en nuestro país se ha planteado la posibilidad de crear un ordenamiento autónomo que tipifique exclusivamente al lavado de dinero y regule su investigación y penalización, por inverosímil que esto parezca debido a que no es una costumbre en la vida normativa de nuestro país; México es parte de la Comisión establecida en la O.E.A. para realizar un reglamento modelo que en términos de un Tratado Internacional sea aplicado en América para combatir el lavado de dinero, de ser así tendremos que establecer en nuestro país esa regulación autónoma a un delito, sin embargo creemos que dichos esfuerzos tienen un problema: están enfocados y tipifican exclusivamente como delito las operaciones con fondos que provengan del narcotráfico o delitos conexos, haciendo a un lado otras actividades que igualmente lavan dinero y que representan un peligro a la sociedad como son el terrorismo, espionaje industrial y fraudes a gran escala, ya en el desarrollo del trabajo mencionamos el ejemplo de que los lavadores de dinero en inicio lo hicieron con fondos provenientes de la venta ilícita de alcohol y cuando esta actividad criminal desapareció buscaron otros medios de obtención de ganancias como lo son las drogas, tal vez en un futuro las redes criminales, que siempre existirán, desarrollen otros métodos para el lucro a medida que la batalla contra el narcotráfico se vaya ganando, objetivo importantísimo en la actualidad por la destrucción que del ser humano se logra con el consumo de drogas.

20.- Como conclusión entonces diremos que para tipificar y combatir de manera efectiva el lavado de dinero habrá de hacerse un gran esfuerzo pues como se vió diversos ordenamientos legales y Autoridades están involucrados, creemos que la vía es un ordenamiento autónomo que lo regule para así poder hacerlo de una manera sistemática y evitar contradicciones en otras leyes, además será más fácil adecuar un solo ordenamiento en el eventual caso de que se adopte el reglamento propuesto en la O.E.A., pero creemos que la realización de este ordenamiento no deberá hacerse desde un punto de vista jurídico únicamente sino mediante un sistema interdisciplinario en el que se viertan puntos de vista de economistas, sociólogos, criminólogos, criminalistas, especialistas financieros, etc, debido a que como constantemente hemos repetido, el lavado de dinero es una característica de redes criminales y regularlo sin tomar en cuenta este aspecto implica quedarse cortos en su apreciación. Es de suma importancia tipificar el delito de lavado de dinero pero si se va a hacer, que se haga de una manera profesional, si lo incluimos en nuestra legislación solo para

complacer otros intereses, complasencia que a su vez implica ventajas en las relaciones internacionales, es mejor dejarlo como se encuentra y olvidarse del problema, pero si existe la convicción en nuestro país de atacar el lavado de dinero y el transfondo de esta actividad, entonces habrá que ponerse a investigar y crear un sistema eficaz con características propias, no copiado, e iniciar así la intervención en una lucha mundial de gran importancia: el combate al crimen organizado cualquiera que sea su forma.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ACOSTA ROMERO MIGUEL, Derecho Bancario, Editorial Porrúa, México, cuarta edición, 1991.
- 2.- ACOSTA ROMERO MIGUEL, Legislación Bancaria Doctrina compilación legal y jurisprudencia, Editorial Porrúa México, segunda edición, 1989.
- 3.- CASTELLANOS TENA FERNANDO, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, vigesimo tercera edición, 1986.
- 4.- GARCIA DOMINGUEZ MIGUEL ANGEL, Teoria de la Infracción Fiscal, Derecho Penal Fiscal, Cárdenas Editor, México, primera edición, 1982.
- 5.- GARZA SERGIO FRANCISCO DE LA, Derecho Financiero Mexicano, Editorial Porrúa México, decimasexta edición, 1990.
- 6.- LOMELI CEREZO MARGARITA, El poder Sancionador de la Administración Pública en materia Fiscal, Editorial Cecsca, México, 1961.
- 7.- REVISTA "MONEY LAUNDERING ALERT", publicada por Alert International, INC., Estados Unidos, ejemplares de los años 1989, 1990, 1991 y enero a abril de 1992.
- 8.- Programa Nacional 1989-1994, para el Control de Drogas en México, evaluación y seguimiento (1992), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de enero de 1992.
- 9.- Reglamento Modelo elaborado por la Comisión Interamericana para el control del Abuso de las Drogas, Reunión de Punta del Este, Uruguay.

LEGISLACION CONSULTADA:

- Código Fiscal de la Federación
- Código Penal
- Ley de Instituciones de Crédito
- Ley para Regular las Agrupaciones Financieras
- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito
- Ley del Mercado de Valores
- Ley de Títulos y operaciones de Crédito
- Ley Federal de Vías Generales de Comunicación
- Ley del Servicio Postal Mexicano
- Reglamento de la Comisión Nacional Bancaria