



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

POSGRADO EN DERECHO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

**LA APLICACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS NO ÓPTIMAS
COMO CAUSA DE TRANSGRESIÓN A LA CERTIDUMBRE
JURÍDICA DEL SUJETO NORMATIVO**

**T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO**

**PRESENTA
LIC. EDGAR EVARISTO OLVERA RUIZ**

**TUTOR
DR. KLAUS THEODOR MUELLER UHLENBROCK
FES ACATLÁN**

MÉXICO, D.F., JULIO DE 2015



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

ÍNDICE GENERAL

La Aplicación de Normas Jurídicas no Óptimas como Causa de Transgresión a la Certidumbre Jurídica del Sujeto Normativo

INTRODUCCIÓN	PÁGINA
Introducción - - - - -	i-x

CAPÍTULO 1

Conceptos básicos para el análisis y comprensión de normas jurídicas

TEMA	PÁGINA
1. Las normas jurídicas en la vida de las personas - - - - -	1
1.1. Cumplimiento y aplicación de las normas jurídicas - - - - -	3
1.2 Las normas como lenguaje jurídico - - - - -	6
1.2.1 El lenguaje jurídico como realidad - - - - -	10
1.2.2 Algunas funciones del lenguaje jurídico - - - - -	15
1.2.3 Propositiones oracionales del lenguaje - - - - -	18
1.3 Las normas jurídicas - - - - -	20
1.3.1 Concepto de norma jurídica - - - - -	21
1.3.2 Elementos de la norma jurídica - - - - -	23
1.3.3 Las normas jurídicas de acuerdo a su sanción - - - - -	27
1.3.4 Ordenamiento jurídico - - - - -	29
1.3.5 Algunos tipos de normas jurídicas a considerar - - - - -	32
1.4 Validez y vigencia de las normas jurídicas - - - - -	37
1.5 Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas jurídicas - - - - -	41

1.5.1 Vaguedad, ambigüedad, antinomias y lagunas de las normas jurídicas -----	55
1.5.2 Conceptualización de las normas jurídicas óptimas -----	59

CAPÍTULO 2

Marco normativo para analizar normas no óptimas en la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita

TEMA	PÁGINA
2. Marco normativo de referencia para la investigación -----	63
2.1 El nuevo paradigma constitucional en materia de Derechos Humanos-----	64
2.1.1 Artículo 1º. De los Derechos Humanos en los tratados internacionales, del principio pro persona y de los deberes del Estado -----	66
2.1.2 Artículo 14 y 16. El principio de legalidad y debido proceso -	75
2.1.3 Artículo 1 y 133. El Control de Convencionalidad como Garantía de Protección de los Derechos Humanos -----	80
2.1.4 Utilidad de los principios constitucionales en la investigación-	95
2.2 Los Instrumentos Internacionales como Fuente de Derechos Humanos en México -----	97
2.2.1 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y Convención de Palermo -----	102
2.3 Ley Federal para Prevenir e Identificar Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita -----	111

CAPÍTULO 3

Normas jurídicas no óptimas dentro de la Ley antilavado de dinero como causa de transgresión a la certidumbre jurídica del sujeto normativo

TEMA	PÁGINA
3. La aplicación estricta de la norma jurídica, un paradigma en transición - - - - -	119
3.1 Lineamientos para la investigación teórica basada en problema - - - - -	122
3.1.1 Ejes rectores para analizar la eficacia, efectividad y eficiencia - - - - -	125
3.1.2 Contexto de emisión de la Ley antilavado - - - - -	126
3.2 Ineficacia de la norma jurídica por no lograr el fin propuesto por la Ley - - - - -	130
3.2.1 Normas de referencia para analizar la ineficacia - - - - -	131
3.2.2 Incertidumbre jurídica derivada de la ineficacia analizada - - -	164
3.3 Inefectividad por la prohibición del uso de dinero en efectivo-	168
3.3.1 Incertidumbre jurídica frente a la antinomia de la prohibición-	184
3.4 Ineficiencia derivado del encarecimiento para cumplir la Ley- -	194
3.4.1 Incertidumbre jurídica en el sujeto derivado de la obligación de archivar y resguardar la información por cinco años - - - - -	203
3.5 Resultados preliminares - - - - -	205

3.5.1 Aspectos positivos y ventajas de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita -----	206
3.5.2 En cuanto a la ineficacia de la Ley -----	208
3.5.3 De la inefectividad de la restricción al uso de dinero en efectivo -----	214
3.5.4 Sobre la ineficiencia del archivo y resguardo de la documentación e información por cinco años -----	216

CAPÍTULO 4

Análisis de los resultados finales de la investigación

TEMA	PÁGINA
4. Notas introductorias previas al análisis de resultados -----	219
	220
4.1 El paradigma de interpretación y aplicación de las normas ---	225
4.2 Análisis de resultados preliminares -----	
4.2.1 Análisis de los resultados obtenidos sobre los aspectos positivos y ventajas de la Ley -----	226
4.2.2 Análisis de los resultados relativos a la ineficacia de la Ley -	230
4.2.3 Resultado de la inefectiva prohibición del uso de dinero en efectivo: Análisis de la antinomia y la incertidumbre jurídica que provoca -----	237
4.2.4 Ineficiencia derivado del encarecimiento para cumplir la Ley-	242
4.2.5 Comprobación de la hipótesis -----	245

ANEXO DE PROPUESTAS

Propuestas de solución a los problemas identificados en la investigación

TEMA	PÁGINA
5. Clasificación de las propuestas de solución -----	249
5.1 Procedimiento de consulta jurisdiccional en caso de colisiones normativas (antinomias) -----	249
5.2 Reformas de los artículos no óptimos de la Ley -----	260
5.3 El principio de no afectación -----	271

OTRO ANEXO Y BIBLIOGRAFÍA

TEMA	PÁGINA
Anexo 1 -----	281
Bibliografía -----	283

Introducción

En el desempeño del litigio como abogado postulante, he podido apreciar que la aplicación de normas jurídicas llega a tornarse ineficaz, inefectiva e ineficiente. Esto puede deberse a varios factores, desde la falta de recursos materiales hasta las propias carencias intelectuales o falta de preparación y actualización académica de algunos servidores públicos, sin embargo, al momento de aplicar una norma o dejar de aplicar alguna que resulte benéfica, quien resiente los efectos y consecuencias de estas anomalías es el sujeto normativo.

También llegan a darse casos, los cuales no son aislados sino más bien comunes, donde el propio contenido y prescripciones de los ordenamientos jurídicos son ineficaces, inefectivos e ineficientes, es decir, las normas jurídicas carecen de estos requisitos mínimos para que sean óptimas cuando se aplican a casos reales y concretos. Esto igualmente acarrea que se afecte al sujeto normativo, ya que es a la persona a quien se le obliga sujetar su conducta o comportamiento a las normas previstas dentro del derecho vigente.

Toda esta problemática resulta bastante interesante cuando se percibe que la mayoría de las legislaciones contienen artículos o normas que no son óptimas, o dicho de otro modo, artículos que son ineficaces, inefectivos o ineficientes, ya sea porque sus prescripciones son ociosas, imprácticas o añejas a la realidad del momento en que se pretenden aplicar, e incluso, más grave aún, cuando se trata de normas que son transgresoras de derechos fundamentales, ocasionando colisiones normativas o antinomias, que a su vez generan incertidumbre jurídica entre los sujetos a quienes se les aplican.

Así, este problema relativo a la ineficacia, inefectividad e ineficiencia de las normas es muy común en el día a día al aplicar legislaciones que no son óptimas, ya que generalmente las autoridades encargadas de su aplicación se ciñen a la interpretación y aplicación estricta, no obstante que se atente contra algunos otros derechos reconocidos a favor de las personas. Es decir, el paradigma de aplicación

e interpretación estricta y absoluta de la Ley está en transición a partir de la reforma constitucional del 10 de junio del año 2011 en materia de derechos humanos, mediante la cual se pretende dar una supremacía a la protección en pro de los derechos humanos de las personas y con ello se pueda suavizar y transformar esa rigidez en una oportunidad que permita proteger de forma óptima al sujeto.

De modo tal, es necesario realizar un planteamiento y delimitación de éste problema identificado como normas no óptimas, que son todas aquellas que sufran de ineficacia, inefectividad o ineficiencia y lo cual servirá como guía en el desarrollo de esta investigación.

Ahora bien, no puede afirmarse que todas las normas jurídicas que presentan problemas de ineficacia, inefectividad o ineficiencia son causa de transgresión de los derechos del sujeto normativo, pues pudiera llegar a ser el caso que en el momento de la aplicación no se ocasione una violación a los derechos de las personas y entonces el problema será superficial y no sustancial. En razón de esto, la investigación se mantendrá enfocada en determinar cuándo estos problemas inciden en la esfera jurídica del sujeto normativo y le transgreden sus garantías individuales e incluso sus derechos humanos.

Ahora bien, surge la interrogante ¿En qué casos la aplicación de normas jurídicas ineficaces, inefectivas o ineficientes puede ser causa de transgresión de las garantías individuales del sujeto normativo e incluso sus derechos humanos? Ante tal interrogante, es necesario delimitar y fijar los objetivos que guiarán el estudio dentro de la investigación.

Para desarrollar la investigación se fijarán principalmente dos temas como punto medular, el relativo a las normas jurídicas por un lado y lo relacionado con la certidumbre jurídica del sujeto por el otro. Considerando que la falta de esta seguridad afecta de modo directo o indirecto el ejercicio de los derechos humanos así como el goce de otras garantías individuales. No obstante, ambos temas serán

relativos al análisis de las causas que producen la violación a la garantía de certidumbre jurídica del sujeto por la aplicación de normas jurídicas no óptimas.

En razón de esto, el estudio será abordado desde la postura del positivismo jurídico, primordialmente. Y servirá como evidencia para el estudio y análisis de normas con problemas de ineficacia, ineffectividad e ineficiencia la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita. De tal modo, la investigación partirá de la teoría general del derecho y en específico sobre la doctrina de la norma jurídica y sus elementos de eficacia, efectividad y de eficiencia, pero también se tratarán de explicar las normas como forma de lenguaje que implican consecuencias en la vida real de las personas, vinculando este tipo de lenguaje con efectos y secuelas del comportamiento de las personas.

Dentro de los teóricos que servirán como apoyo para la investigación se encuentra Luigi Ferrajoli, con la teoría garantista y de la cual se estudiarán las normas jurídicas y los derechos fundamentales, pero igualmente importante será Miguel Carbonell, quien sigue la misma línea de pensamiento pero con una visión regionalista aplicable al derecho mexicano, lo cual facilita comprender y aterrizar conceptos doctrinales de Ferrajoli a la vida nacional. Mientras que Manuel Atienza será de suma importancia para la atención del análisis de las normas jurídicas y la importancia lingüística en la confección de las mismas.

La razón por la cual este trabajo se inclina por cada uno de los autores citados atiende especialmente a su postura teórica, la cual permite mantener un desarrollo de la investigación conforme con los lineamientos de pensamiento que se comparten de cada jurista. Por ejemplo, para **Luigi Ferrajoli** el papel del juzgador en el nuevo paradigma de los derechos fundamentales integrados en la Constitución es muy importante ya que le da una amplia responsabilidad de garante ante los gobernados y al efecto señala que: “la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de

cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos”¹. Esta postura comulga con las ideas básicas que delimitan la intención de la investigación, pues entre otras cosas se busca explicar y en su caso demostrar que la reforma de la Constitución en materia de derechos humanos centra al individuo como punto medular de la protección del Estado, incluso por encima de los intereses estatales.

Por otro lado, el análisis realizado por **Manuel Atienza** sobre las normas jurídicas y el papel que tiene el Derecho dentro de la sociedad serán parte importante dentro de la investigación, puesto que el autor mantiene una posición abierta y vanguardista en cuanto a las funciones y concepciones del Derecho y esto se puede apreciar con la siguiente cita:

También hemos visto... que existe un amplio consenso en considerar al Derecho esencialmente (aunque no sólo) como un conjunto de normas, pero importantes diferencias de opinión a la hora de determinar lo que debe entenderse por norma jurídica y de precisar las conexiones de las normas con otros elementos como la fuerza, la ideología o la moral².

Por último, en conexión a los intereses de la investigación y en relación a la reforma constitucional del 10 de junio del año dos mil once, se aprecia una transición en el paradigma sobre la aplicación estricta y absoluta de la Ley, principalmente en tratándose de derechos humanos. Al respecto, **Miguel Carbonell** plantea un estudio de los derechos humanos, también acertadamente denominados fundamentales a nivel doctrinal, desde una postura novedosa y progresiva que se vincula al modelo garantista de Ferrajoli, lo cual se aprecia en sus diversas obras y a guisa de ejemplo se puede citar que:

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 tendrá un impacto profundo en nuestras concepciones de los derechos fundamentales. Las

¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Edit. Trotta, cuarta edición, Madrid, 2004, Pág. 26.

² ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*. Edit. Fontamara, séptima edición, México, 2011, Pág 51.

modificaciones que aporta el constitucionalismo mexicano no son solamente de forma, sino que afectan al núcleo central de comprensión de lo que son los derechos...las obligaciones del Estado en relación con los derechos fundamentales, es un ejemplo paradigmático de la profundidad del cambio normativo, político y social que aporta la reforma.³

Así entonces, los autores que se anotan como principales teóricos en los que se apoyará esta investigación servirán como guía para el desarrollo de este trabajo, sin que sea obstáculo el uso de otros teóricos igualmente destacados.

También es fundamental hacer referencia a la delimitación metodológica que se empleará en la investigación y la cual se ha dividido en dos partes. La primera parte se refiere al método y a la técnica, mientras que la segunda parte hace alusión a la postura doctrinaria de esta investigación.

Respecto al método, resultan principalmente los siguientes:

1. Deductivo
2. Inductivo
3. Analítico
4. Sistemático
5. Explicativo
6. Descriptivo

Mientras que la técnica que se empleará en el proceso de investigación para construir este trabajo será primordialmente documental, es decir, a través de la consulta de libros, documentos legales como acuerdos, tratados internacionales, legislación, publicaciones electrónicas, noticias y diversos artículos en publicaciones impresas o vía electrónica, entre algunos otros que resulten igualmente necesarios y de interés.

³ CARBONELL, Miguel, SALAZAR, Pedro, *Coords., La reforma Constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. Edit. Porrúa, tercera edición, México, 2013, Pág. 63.

De igual modo, con el objeto de delimitar la metodología jurídica del presente estudio, se asume el uso del positivismo jurídico, puesto que el análisis de las normas jurídicas se enfocará en sus efectos. Es decir, en la conexión existente entre los ordenamientos jurídicos formalmente vistos y el cumplimiento o la aplicación en el ámbito de la realidad.

Ahora bien, el trabajo de investigación se abordará a partir de las normas jurídicas que se consideran ineficaces, inefectivas e ineficientes dentro de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, la cual servirá como evidencia en esta investigación. Mientras que los derechos humanos y las garantías individuales se estudiarán en el ámbito constitucional a partir de la reforma del día 10 de junio del año dos mil once, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 11 de junio de ese mismo año.

Finalmente, si bien es cierto que el análisis de las normas jurídicas dentro de la teoría general del Derecho es atemporal, para los fines de esta investigación se limitará a los ordenamientos normativos precisados con anticipación y a partir de las fechas en que se encuentran vigentes, mientras que en relación a la Constitución Federal será a partir de la reforma en materia de derechos humanos.

En este punto cobra relevancia delimitar y fijar el objetivo general del trabajo, y como bien se anticipó, la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita servirá como evidencia para el análisis de normas jurídicas ineficaces, inefectivas e ineficientes que a su vez impacten de forma negativa en la esfera jurídica del sujeto normativo. Mientras que la Constitución Federal será el referente próximo para contrastar los derechos humanos y las garantías individuales con las normas no óptimas contenidas en la Ley anti lavado de dinero.

Entonces, el objetivo general consistirá en analizar cuándo y de qué modo la aplicación de normas jurídicas ineficaces, inefectivas e ineficientes son motivo de transgresión de la certidumbre jurídica de las personas y consecuentemente puedan

ser motivo de restricción al goce de otras garantías individuales o de derechos humanos.

Mientras que la delimitación de los objetivos específicos de la investigación responde según el contenido de cada uno de los capítulos que conforma este trabajo y que se citan a continuación:

Primero.- Los objetivos que se buscan en el desarrollo del primer capítulo son determinar y analizar el marco teórico y conceptual de las normas jurídicas para que sirvan como fundamento teórico en el análisis de las normas no óptimas, es decir, de las normas jurídicas con problemas de ineficacia, ineffectividad e ineficiencia.

Segundo.- Con el desarrollo del segundo capítulo se busca distinguir y analizar las normas jurídicas y los ordenamientos legales que sean útiles para fundar con bases legales el análisis de la ineficacia, ineffectividad e ineficiencia de las normas encontradas en la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Tercero.- El capítulo tercero es el más robusto de la investigación, ya que en el mismo se plantea el análisis de los problemas de ineficacia, ineffectividad y de ineficiencia dentro de ciertos artículos de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita. Pero además, se incluye la reflexión sobre la transgresión a la certidumbre jurídica del sujeto normativo, lo cual conlleva la comprobación de la hipótesis y la obtención de resultados preliminares.

Cuarto.- El cuarto capítulo conlleva el contraste de los resultados preliminares con opiniones de especialistas para lograr obtener los resultados finales y comprobar la hipótesis del trabajo, todo lo cual se realiza con miras a sugerir propuestas de solución a los problemas analizados, tomando en consideración los resultados de la investigación y el análisis realizado en el capítulo

tercero, así como los fundamentos teóricos y legales contenidos en los primeros dos capítulos.

Quinto.- Finalmente en el quinto capítulo se realiza una sugerencia de posibles soluciones, las cuales se dividen en el ámbito práctico y teórico. Por un lado, se proponen modificaciones a la legislación para la prevención y erradicación del lavado de dinero, pero también se encuentra la inserción de una consulta jurisdiccional vinculante derivada de normas antinómicas. Mientras que en el ámbito teórico o doctrinal se propone la construcción conceptual del principio general de derecho de no afectación cuando el sujeto normativo se halla atrapado entre una antinomia.

Como puede observarse, cada capítulo condensa objetivos específicos que a su vez se suman al objetivo general de toda la investigación, lo cual podrá advertirse al dar lectura íntegra al contenido de este trabajo.

Antes de concluir esta nota introductoria con la justificación del trabajo, es fundamental precisar que la hipótesis que da motivo a la investigación y que en su caso será comprobada con el desarrollo del trabajo, parte del supuesto de que en ciertos casos la aplicación de normas jurídicas no óptimas, o sea, de normas ineficaces, inefectivas o ineficientes puede llegar a ser causa de transgresión de las garantías individuales del sujeto normativo y de sus derechos humanos. En especial de la garantía de certidumbre jurídica, la cual al ser violentada se afecta el ejercicio de otras garantías y posiblemente de ciertos derechos humanos del sujeto normativo.

No obstante, la hipótesis será materia de atención hasta el capítulo cuarto de la investigación. Pero finalmente cabe dar explicación sobre la justificación de este trabajo y para ello puede abordarse desde tres ámbitos principalmente: el personal, el académico y el social.

En lo personal la investigación aportará un desarrollo intelectual, ya que a través de la realización de este trabajo podré analizar detenidamente las normas ineficaces, inefectivas e ineficientes dentro de una legislación que sirva como ejemplo, asimismo podré conceptualizar términos como el de normas no óptimas que ayudarán a reflexionar sobre nuevos significados dogmáticos en la teoría general del derecho. También desarrollaré la actividad de cavilación en relación a tópicos relevantes como son la transgresión de la certidumbre jurídica por la aplicación de normas no óptimas y sugerir propuestas de solución a los problemas abordados, dentro de las cuales será sugerida la concepción de un principio general de derecho.

En lo que respecta al ámbito académico, la investigación podrá significar una semilla de inquietud para otras investigaciones que aborden los temas de ineficacia, inefectividad e ineficiencia, y se explicará por qué a las normas que presentan alguno de estos problemas se les conceptualiza como normas no óptimas, lo cual puede ser un apoyo en la creación de otros conceptos o el refuerzo de los ya existentes y que puedan ser implicados en nuevas investigaciones. Esto puede lograrse a través del depósito de un ejemplar del trabajo de investigación en la biblioteca de esta máxima casa de estudios, para que sirva como material de consulta a la comunidad universitaria.

Aunado a lo anterior, parte de los tópicos abordados en esta investigación han sido discutidos y expuestos en un Congreso Internacional llevado a cabo en la Universidad de Rosario, Argentina, tal y como se especifica dentro del capítulo tercero de este trabajo. Lo cual sirvió no sólo para enriquecer el desarrollo del trabajo, sino además, ha servido para lograr un intercambio de ideas a nivel internacional en el cual pueda germinar el ingenio progresista del derecho entre la comunidad académica.

Por último, este trabajo de investigación tratará de aportar un beneficio a la sociedad en pro de la adecuada defensa del sujeto normativo, proponiendo soluciones a los problemas que se aborden con implicación práctica y no solamente

teórica. Si bien es cierto, la conclusión de este trabajo no significa la adopción de las sugerencias de solución, no menos cierto es que pueden servir de base para que desde un bastión político adecuado se impulse en lo futuro la puesta en marcha de tales propuestas, lo cual no es por ahora el objetivo final de la investigación.

CAPÍTULO 1

Conceptos básicos para el análisis y comprensión de normas jurídicas

1. Las normas jurídicas en la vida de las personas

Tratar de realizar una investigación que tenga como objeto principal el análisis de las normas jurídicas o de sus elementos constitutivos podría resultar muy extenso, pues la variada conceptualización teórica sobre las normas jurídicas, sus elementos internos y externos, a veces con ideas contrapuestas entre diversos autores, merma su comprensión y claridad. Sin embargo, adentrarse en el análisis de lo que implican las normas jurídicas tiene suma importancia, pues a través de las normas se impacta la vida de las personas pues se influye en sus conductas y comportamientos.

Además, no es poca cosa centrar la atención de esta investigación en el alma de la ciencia del derecho, ya bien señalada por Hans Kelsen en su teoría pura del derecho: “el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas, y también la conducta humana, pero sólo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas como condición o efecto; en otras palabras, en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas”⁴ de ahí la importancia de enfocar este trabajo en las citadas normas.

Pero, es importante aclarar que si bien en la “ciencia jurídica moderna el sentido dominante de lo que es derecho es un sentido normativista. El derecho es visto como norma.”⁵ No quiere decir que el Derecho sea sólo normas jurídicas, pues existen muchos más factores, variables o aspectos que lo conforman, sin embargo, las normas resultan ser fundamentales.

⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 16a. edición, México, Porrúa, 2013, pág. 83.

⁵ Ruiz Rodríguez, Virgilio, *Filosofía del derecho*, 2a. edición, México, Instituto Electoral del Estado de México-Universidad Iberoamericana, 2012, Pág. 38.

Incluso, la importancia de las normas jurídica ha cobrado relevancia transnacional, debido a que el mundo se encuentra inmerso en un estadio de globalización económica, política, cultural y por supuesto de índole jurídica, lo cual hace imposible pensar que los diferentes sistemas jurídicos, así como sus ordenamientos, sean ajenos a nuestra vida diaria. Para darse cuenta de esto basta imaginar una transacción comercial por internet, como puede ser una compraventa de artículos en algún sitio web. Es muy fácil acceder a este tipo de operaciones, pero las implicaciones jurídicas son muchas y pueden regirse por normas jurídicas pertenecientes al sistema jurídico de otro país, no obstante que la operación se esté realizando en México.

El panorama sobre las normas jurídicas es cada vez más globalizado, quizás en ciertas áreas del derecho más que en otras, pero no cabe duda que las instituciones jurídicas reciben una fuerte influencia de los diferentes sistemas legales de todo el mundo, sobre todo de aquellos con los cuales se comparte la tradición romano germánica, pero sin que sea exclusivo, ya que el derecho anglosajón, con el cual no se comparte tradición jurídica directa, también permea al derecho nacional y sobre todo en aspectos del derecho privado, basta acudir a contratos de concepción anglosajona como el de franquicia.

Ahora bien, para dimensionar la importancia de estudiar las normas jurídicas es importante conocer qué tanto influyen en la vida común de las personas. Para esto, sólo con observar el entorno se podrá apreciar que existe un sinnúmero de regulaciones a partir de normas jurídicas que son muy importantes y ocasionalmente cruciales en el comportamiento de las personas. Por ejemplo, la ropa cuenta con regulaciones, ya sea de una norma oficial mexicana, normas de carácter aduanal para su importación si no fue hecha en México, normas de carácter fiscal que gravaron la compra del atuendo y hasta normas de carácter privado que regularon la oferta, así como la compra-venta mediante la cual se adquiere el atuendo.

Pero, precisamente por lo común que es convivir día a día con el uso de normas jurídicas la mayoría parecen “invisibles” para gran parte de la población. Es hasta el momento en que puedan afectar la esfera jurídica de las personas, cuando la atención e importancia cobra vida. Esto es así, porque los sujetos normativos, que son las personas a quienes se dirige la norma jurídica, cumplen y se adecuan voluntariamente, en la mayoría de las ocasiones, al contenido prescriptivo de las normas que se encuentran contenidas en el vasto mundo de los ordenamientos legales, incluso, no se puede desdeñar el hecho que eventualmente el cumplimiento es por costumbre y no por reconocimiento de la norma jurídica, ni tampoco por temor a la sanción, como pasa con el uso de cinturón de seguridad, lo cual es un deber de acuerdo al reglamento de tránsito, no obstante muchas de las personas lo usan para cuidar su vida e integridad física, más allá de por reconocimiento de la norma y temor a la sanción.

Hasta este punto puede advertirse que las normas jurídicas son una parte esencial en la vida de las personas, ya que su cumplimiento o aplicación influye en la forma de comportamiento, conducta o consecuencias que el sujeto normativo debe soportar conforme a las disposiciones legales que lo rijan. Pero, vienen a colación dos conceptos importantes que resultan importantes de aclarar, cumplimiento y aplicación.

1.1. Cumplimiento y aplicación de las normas jurídicas

En este punto, a propósito del concepto de cumplimiento, y excluyendo los casos en que la norma jurídica es acatada por el sujeto aún sin reconocerla sino por mera costumbre, puede afirmarse que tanto el cumplimiento voluntario como el cumplimiento coactivo, devienen principalmente de la interpretación de la norma y no necesariamente de la interpretación judicial o diestra, sino que, de la interpretación o comprensión que puede realizar la persona a partir de la apreciación y capacidad de reflexión sobre el texto normativo y con ello pueda generar la idea básica del deber a cumplir.

La aplicación de las normas está ligada al cumplimiento coactivo y se refiere precisamente a la potestad que tienen ciertas autoridades, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, para exigir del sujeto normativo el cumplimiento de la norma aún en contra de su voluntad e incluso a través del uso de medios coactivos, por ello, el cumplimiento coactivo puede ser derivado de la aplicación por parte de alguna autoridad.

En palabras sencillas, las normas se cumplen ya sea voluntariamente o coactivamente a partir de lo que se comprende de la propia norma, lo cual hace evidente que la norma jurídica por sí sola no es nada, sólo un enunciado. Adquiere relevancia en el mundo fáctico cuando la persona a quien se dirige la norma jurídica comprende lo que se requiere de él, o bien, cuando alguien más le hace saber lo que la norma le exige.

Por ejemplo, piénsese en el caso de una persona que recibe su chequera incompleta, sin dos cheques, pero no se da cuenta hasta que llega su estado de cuenta con el cargo de los títulos de crédito. Ante ello, acude a su sucursal bancaria para solicitar la aclaración y reembolso del monto de los cheques que no estaban en la chequera cuando la recibió. Sin embargo, el gerente bancario le hace saber al cliente que no procede el reembolso del monto pagado por el banco, ya que no reportó el extravío o robo de los cheques de manera oportuna, es decir, antes de su cobro, y al ser su responsabilidad resguardar adecuadamente la chequera debe asumir la carga de su responsabilidad, que es absorber el pago de los cheques.

Así, la respuesta de la solicitud de reembolso es negativa para el cliente conforme a la interpretación que hizo el empleado bancario de una norma de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el artículo 194 en concreto. Si el cliente entiende y acepta como cierta la supuesta interpretación del empleado bancario, la norma habrá sido aplicada a partir del entendimiento que tuvo el empleado del caso en concreto, aunque sea incorrecta, y por lo tanto el cumplimiento de la norma se actualizó, es decir, la norma surtió efectos en el mundo real, a pesar de que haya sido cumplida erróneamente.

Siguiendo con el mismo ejemplo, la norma jurídica, es decir, el artículo 194 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito⁶ es interpretada por una persona que tiene capacidad de reflexión, o sea, el gerente bancario, pero no es experto en interpretación jurídica, como si lo es un juez. Entonces, contrario a lo comprendido por el empleado bancario, los cheques pueden ser objetados no sólo por el robo o extravío, sino también por la notoria falsificación de la firma que los calza, por lo cual, el cliente no tuvo que cumplir con el reporte de cheques robados, ya que la chequera fue recibida incompleta, por lo tanto, la interpretación medular para cumplir la descripción normativa no sería la falta de reporte, sino la evidente falsificación de la firma, lo cual da posibilidad de que el cliente reciba el reembolso del dinero de los cheques porque el deber impuesto por la norma se traslada al Banco, quien debe rechazar el pago de los cheques que calcen firmas notoriamente falsas.

Este ejemplo permite entender que las normas son cumplidas a partir del entendimiento que se tenga de las mismas, necesita de alguien para poder surgir a la vida real, de lo contrario las normas son letra muerta. Ahora bien, el resultado del cumplimiento depende en gran medida de las personas que intervienen en el cumplimiento de la norma, ya sean operadores jurídicos en estricto sentido o cualquier otra persona que pueda tratar de reflexionar sobre el contenido de la norma jurídica, así, el cumplimiento de las normas no es en todos los casos liso y llano.

Bajo este contexto, la interpretación para fines de esta investigación debe ser comprendida como un “procedimiento espiritual que acompaña al proceso de

⁶ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
Artículo 194.-...

Cuando el cheque aparezca extendido en esqueleto de los que el librado hubiere proporcionado al librador, éste sólo podrá objetar el pago si la alteración o la falsificación fueren notorias, o si, habiendo perdido el esqueleto o el talonario, hubiere dado aviso oportuno de la pérdida al librado.

...

Consultada en su versión PDF dentro del portal electrónico oficial de la cámara de diputados federal, el día 17 de abril del año dos mil catorce por medio del link:
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior.”⁷ Es decir, no como un acto de sapiencia de métodos interpretativos, sino como un proceso natural que tiene toda persona capaz de reflexionar, no obstante que su interpretación pueda ser errónea, pues actuará conforme a lo que comprenda de la prescripción normativa y no necesariamente conforme el sentido hermenéutico de la norma, sin embargo, cualquiera que sea el supuesto, la norma jurídica será cumplida o aplicada, surtirá efectos en la vida de la persona a quien se aplique.

¿Por qué es importante la idea anterior? Se piensa al menos en dos aspectos relevantes de esta comprensión. Primero, porque las normas jurídicas no son interpretadas para su cumplimiento en todos los casos por personas avezadas y aún así tienen oportunidad de surtir efectos y trascender en la vida de las personas a quienes se les aplica, por lo tanto, se parte del entendido que las normas jurídicas pueden llegar a afectar a las personas aún cuando el cumplimiento que se les exija sea interpretado de modo incorrecto.

Segundo, porque las normas están conformadas a partir de lenguaje y al tener un efecto en la vida de las personas, éste lenguaje puede crear diversas consecuencias y diferentes realidades para cada persona, todo de acuerdo a la comprensión que se haga de cada norma. Por lo tanto, la incertidumbre es un factor que aparece en mayor o menor medida cuando se trata de apreciación de normas, máxime si la interpretación es discrecional o el lenguaje es poco claro o inadecuado.

Por ello, se afirma que el significado de las normas jurídicas tiene una relación indefectible entre el enunciado prescriptivo y la persona que actúa como intérprete, y al ser las normas una composición lingüística, a veces tan especializada cuando se componen de lenguaje jurídico, que es difícil que se alcance siempre y en todos los casos la certeza plena de que la norma será cumplida o aplicada en el sentido que debe ser, lo cual no sólo merma la certidumbre del sujeto sino además vuelve a las normas jurídicas falibles de los fines que persigan.

⁷ Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, Pág. 349.

1.2 Las normas como lenguaje jurídico

Como cualquier ciencia, incluso como casi cualquier arte o especialidad, el Derecho dispone de un lenguaje propio del cual se vale para poder desarrollar sus cometidos. La particularidad del lenguaje jurídico es el significado que se le atribuye, a veces incierto o incomprensible para quienes no cuentan con el conocimiento suficiente para comprenderlo, y otras tantas con denotaciones y connotaciones confusas, encubiertas y poco claras de advertir a simple vista.

Además, a diferencia de otros tipos de lenguaje, el lenguaje jurídico sirve como instrumentos para organizar enunciados que darán vida a preceptos normativos que influirán en la conducta y comportamiento de las personas, así como de las consecuencias que puedan llegar a derivarse de tales vínculos. Por lo tanto, este tipo de lenguaje tiene importancia absoluta en la esfera jurídica de las personas ya que es capaz de trascender en sus vidas cuando surte efectos su aplicación.

Comprender la trascendencia que tiene el lenguaje jurídico es muy importante para realizar acercamientos interpretativos precisos de las normas jurídicas, pues la conformación de sus enunciados suelen estar permeados del léxico jurídico que “no es más que la presencia de vocablos que son pertinentes a una comunidad de hablantes...el léxico jurídico, diferente al léxico común, se caracteriza por: a) la creación de vocablos que expresan interpretaciones legales y b) por vocablos que representan construcciones axiológicas.”⁸

Para comprender el “uso y los fines del lenguaje dentro de las normas jurídicas, sirve distinguir entre enunciación, enunciado y proposición. La enunciación puede ser entendida como el acto mediante el cual se formaliza una Ley con su promulgación, una sentencia con su dictado o un negocio jurídico con

⁸ Ribeiro Toral, Gerardo, *Verdad y Argumentación Jurídica*, 3a. edición, México, Porrúa-Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, 2012, pág. 61.

su estipulación o suscripción.”⁹ Es decir, el acto meramente formal a través del cual se materializa la norma es denominado por Ferrajoli como enunciación, pero tal enunciación comprende únicamente el instrumento o el papel con una serie de enunciados más no su contenido, de ahí la importancia de la adecuada sustanciación de los enunciados y de las proposiciones.

Siguiendo al mismo autor, se puede definir “al enunciado como el contenido en la enunciación”¹⁰, lo cual es el texto, grafía o signos gráficos mediante los cuales se expresan las proposiciones que más adelante serán abordadas. Sin embargo, es importante señalar que tales signos o enunciados son el código a través del cual se plasma el lenguaje, por lo tanto, dicho código dependerá de tantos y cuantos idiomas, modismos, léxicos y demás términos sean usados por el creador de las normas. Entonces, “por texto se debe entender todos aquellos enunciados...que tienen una función comunicativa y que se presentan en una textualidad”¹¹.

De este modo se puede distinguir entre enunciación de las normas como el acto para formalizar. De los enunciados normativos que son la forma de representación gráfica que usualmente se vale de la escritura para tratar de transmitir un mensaje, o sea, para comunicar algo al destinatario de la norma. Pero tales elementos son superficiales si no se toma en cuenta la sustantividad del lenguaje de las normas, lo cual va inmerso en ellas y lo que Luigi Ferrajoli denomina proposiciones, que es el “significado atribuido por un determinado intérprete y más exactamente cuando se trata de usos prescriptivos del lenguaje, una norma o, en términos más generales, una prescripción”¹².

Así, la importancia del lenguaje en el derecho cobra relevancia cuando se toma en consideración que el derecho es un mundo de enunciaciones, enunciados y proposiciones. Para Ferrajoli “la naturaleza lingüística de los sistemas deónticos y

⁹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Madrid, Trotta, 2011, págs. 208 y 209.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Ribeiro Toral, Gerardo, *Op. Cit.* pág. 54.

¹² Ferrajoli, Luigi, *Op. Cit.*, pág. 208.

por tanto también del derecho...queda configurado como un mundo de signos y significados...todo signo existe junto con el acto que es su enunciación.”¹³ Por tanto, se revela la importancia de las enunciaciones y de las proposiciones en el mundo del Derecho, pues los significados atribuidos a los signos que forman el lenguaje jurídico impactan en la conducta de los sujetos normativos, por lo cual, indudablemente la confección e interpretación de las de normas jurídicas resultan trascendentales en la aplicación práctica.

La comprensión del lenguaje jurídico para entender el contenido de las normas jurídicas, adquiere importancia medular para los órganos encargados de la aplicación de las normas “pero también los individuos, que no tienen que aplicar el derecho, sino acatarlo al llevar a cabo la conducta que evita las sanciones, tienen que comprender las normas jurídicas que deben acatar, estableciendo para ello su sentido”¹⁴, por esto la interpretación común y ordinaria que realiza el sujeto normativo es igualmente importante que la realizada por un individuo con la suficiente destreza para la interpretación normativa, de ahí que pese tanto la claridad y congruencia con que se crean las normas jurídicas.

Incluso, dentro de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen pueden obtenerse esbozos de esta idea sobre los dos tipos de interpretación: “Tenemos así dos tipos de interpretación...la interpretación del derecho por el órgano jurídico de aplicación, y la interpretación del derecho que no se efectúa por un órgano jurídico, sino por una persona privada.”¹⁵ Entonces, la idea de interpretación normativa no sólo es un concepto que se dirige a quien debe aplicar la norma, sino también a quien debe cumplirla, por lo cual la claridad y falta de complejidad en el lenguaje debe ser un elemento indispensable para evitar obstáculos interpretativos como podrían ser ambigüedades y vaguedad, a los cuales se hará referencia en su momento.

¹³ *Ibidem*, pág. 209.

¹⁴ Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, Pág. 349

¹⁵ *Ídem*.

Por otro lado, debe tomarse en consideración que ese mundo de signos y significados a través de los cuales se conforma el lenguaje jurídico se encuentra atado a un tiempo y lugar determinado, ya que “la relación histórico social con el objeto a nombrarse (relación significado-significante) es lo que construye la riqueza del significado.”¹⁶ Es decir, una norma que se encontraba vigente y era válida hace 100 años en México era así porque se interpretaba de acuerdo al contexto de esa época y lugar, por un sujeto o intérprete que igualmente se encontraba afectado o inmerso con el contexto social en el cual regía la norma.

En este mismo supuesto, si se tratara de interpretar la misma norma en la actualidad, suponiendo que los reclamos o necesidades sociales que dieron lugar a la norma ya no existen o cambiaron, entonces el intérprete no tendría los elementos suficientes para interpretarla y en su caso aplicarla o cumplirla, pues carece del contexto (espacio y tiempo) bajo el cual se concibió y sobre todo no existiría una finalidad útil para su cumplimiento.

Por lo tanto, las normas contienen significados prescriptivos y “basta con afirmar que un significado de esa clase existe en el sentido de que es asociado (o asociable) a un signo por un intérprete... un significado prescriptivo... existe si y sólo si es asociado a un signo por un intérprete.”¹⁷ De este modo, la existencia fáctica y aplicable a la realidad de una norma jurídica se concreta hasta el momento en que es interpretada, incluso si es interpretada mediante la simple reflexión del sujeto normativo para tratar de cumplirla.

La significación que adquiere la norma jurídica a través de su intérprete es en cierta medida la forma en cómo califica un acontecimiento relevante para el Derecho, ya que si bien es cierto la proposición normativa puede ser clara y exacta, ello no excluye la posibilidad de que existan diversas interpretaciones derivadas de las condiciones propias y específicas de cada intérprete, de ahí los riesgos de la

¹⁶ Ribeiro Toral, Gerardo, *Op. Cit.* pág. 45.

¹⁷ *Ídem.*

subjetividad interpretativa y más aún, de la discrecionalidad en la interpretación y aplicación.

1.2.1 El lenguaje jurídico como realidad

No debe perderse de vista que “la ley no nombra una realidad tangible, ni aporta soluciones a problemas específicos, dado que la supuesta realidad tangible no es más que fruto de una interpretación”.¹⁸ Por lo tanto, la norma existe en la realidad social, o mejor dicho, en la aplicación fáctica, hasta el momento en que es interpretada y cumplida ya sea de modo voluntario o coactivo, antes de esto sería una simple enunciación.

Lo anterior no quiere decir que las normas jurídicas válidas y vigentes pierdan aplicación cuando se limitan a estar en el papel (enunciación), ya que la posibilidad (expectativa) de cumplimiento y aplicación de estas normas se da desde el momento en que son válidas y se encuentran vigentes, pero tal puntualización se hace desde un punto de vista formal. Este criterio formal es adoptado por Kelsen dentro de su teoría pura del derecho, y estima que:

El deber “vale” aunque haya cesado el querer; más vale inclusive cuando el individuo... nada sepa de tal acto y de su sentido; vale cuando ese individuo es considerado como obligado, o facultado a actuar como se debe. Entonces ese deber, como un deber “objetivo”, es una “norma válida”, que obliga a quien está dirigida.¹⁹

Pero al contrario de este punto de vista estrictamente formal, y desde un punto de vista real o práctico, las normas jurídicas son cumplidas o aplicadas cuando el sujeto normativo o el órgano encargado de su aplicación realiza una interpretación de la norma y ya sea que el sujeto normativo se adecua al cumplimiento espontáneo, o bien, la autoridad encargada de la aplicación hace valer el cumplimiento coactivo de la norma jurídica a través del juicio de subsunción.

¹⁸ Ribeiro Toral, Gerardo, *Op. Cit.* pág. 42.

¹⁹ Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, Pág. 21.

Dicho de otro modo, la realidad fáctica de la norma jurídica acontece hasta que es interpretada y cumplida.

Es trascendente notar los efectos que adquieren los significados de las normas jurídicas (proposiciones o prescripciones según Ferrajoli) pues depende en gran medida del intérprete y como se ha visto líneas arriba, una vez propuesta la interpretación para la aplicación de la norma, ésta cobra plena relevancia por ser una construcción de realidad.

Una vez construida lingüísticamente esa realidad desde la cultura de los hablantes y la coyuntura histórica en la que está inmerso el diálogo legislativo, le deposita una solución. Esta solución, que se aparece ante nosotros como la proposición jurídica, también es una interpretación del legislador... Nada impide que la realidad construida (interpretación de la realidad) como referente se modifique, por lo que nada impide que la solución (interpretación legal) se modifique (reformas y adiciones a la ley)²⁰.

Vale la pena precisar que la interpretación de las normas jurídicas se hace a partir de la exteriorización de la conducta humana en concordancia con la calificación jurídica (significación) que se le da a tales acontecimientos. Por lo cual, los acontecimientos calificados como jurídicos guardan al menos dos elementos a saber:

...si se analiza, cualquiera de los acontecimientos fácticos considerados jurídicos, o que se encuentran en relación con el derecho, cabe distinguir dos elementos: uno que es un acto sensiblemente perceptible que de por sí acaece en el tiempo y en el espacio...el externo acontecer de las acciones humanas; el otro elemento está constituido por la significación del derecho.²¹

Ante dichos supuestos, es evidente que el lenguaje jurídico crea realidades que pueden converger o no con la realidad fáctica producto del fenómeno jurídico-social. Esto es así, puesto que “el lenguaje <<crea>> al mundo, le da sentido a la realidad en la que vive al tiempo que lo construye a él como un sujeto identificado

²⁰ Ribeiro Toral, Gerardo, *Op. Cit.* Pág. 42.

²¹ Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, Pág. 16.

con su comunidad. El lenguaje es lo que le permite al sujeto asumir la <<vida>>, es decir, asumir el mundo que lo rodea”.²² Por ello, es sumamente importante atender cuidadosamente el sentido o significado que se le concede al lenguaje jurídico en la interpretación de las proposiciones normativas, pues dicho significado crea una realidad que debe –aunque no siempre sucede– comulgar con la realidad social que le sirvió a la norma jurídica como fuente de creación.

Por lo tanto, el contenido de las normas jurídicas vale tanto como pueda transmitirse el sentido o significado que se le impone al sujeto normativo:

Quando decimos que un comportamiento es <<facultativo>>, u <<obligatorio>> o que está <<prohibido>>, no nos referimos a una característica empírica del mismo, sino al significado deóntico de su facultad, su obligación o su prohibición, es decir, al hecho de que es percibido –o sea interpretado– como facultativo, obligatorio o prohibido.²³

Las disposiciones normativas (facultativas, obligatorias, prohibitivas) son reales hasta en tanto el sujeto las percibe (interpreta) y se adecua a las mismas, o bien se las imponen de forma coactiva. Antes de esto, no se puede atender a las conductas humanas como facultativas, obligatorias, prohibitivas, etc., sino simplemente como conductas humanas. La realidad jurídica creada mediante estas disposiciones se concreta hasta que se perciben o interpretan por el sujeto y cobran facticidad.

A propósito, la percepción (interpretación) puede ser directa o inducida. Es directa cuando el intérprete arregla su conducta al significado del precepto sin necesidad de que alguien más se lo imponga, ya sea por beneficio propio o por beneficio de un tercero. En este caso, podemos decir que el intérprete (docto o no) cumple voluntaria y/o espontáneamente el significado que aprecia en el precepto, aunque llegue a ser incorrecta su interpretación o apreciación.

²² Ribeiro Toral, Gerardo, *Op. Cit.* Pág. 53.

²³ Ferrajoli, Luigi, *Op. Cit.*, pág. 210.

Véase como ejemplo de lo anterior, el trabajo de un contador público que cumple a favor de su cliente para la presentación de declaraciones y pago de los impuestos y demás obligaciones que le impone la legislación fiscal sin necesidad de que la autoridad tenga que iniciar algún procedimiento coactivo de recaudación en contra de su cliente, la declaración del pago de impuestos puede ser incorrecta derivado de la mala interpretación, sin embargo, el cumplimiento se dio, aunque defectuosamente.

Por otro lado, la percepción inducida se presenta cuando el intérprete impone a un tercero un determinado comportamiento derivado del significado que haya interpretado del contenido del precepto, provocando que el comportamiento del sujeto normativo se ajuste a la norma.

Piénsese en la autoridad aduanal que revisa un pedimento de importación y de acuerdo a la descripción de las mercancías aprecia -percibe- que la clasificación arancelaria es incorrecta, pues de acuerdo al contenido de las normas (aranceles) las mercancías que se desean importar deben ajustarse a otra clasificación para el pago del impuesto. Por esta razón la autoridad rechaza el cumplimiento defectuoso del sujeto normativo a través de la solicitud de importación mal clasificada e impone al importador la obligación de corregir su pedimento de importación, o sea, adecuarse al significado de la norma.

En este sentido, las normas jurídicas “son precisamente directivas, es decir, enunciados que tratan de influir en el comportamiento de aquellos a quienes van dirigidos. Las normas pertenecen a una categoría especial de directivas -las directivas más fuertes- que se suelen llamar prescripciones”²⁴. Por lo cual, las normas jurídicas al impactar de forma directa en la conducta del sujeto deben ser más rigurosas y cuidadas en su creación e interpretación.

²⁴ Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, 7a. edición, México, Fontamara, 2011, pág. 25.

El lenguaje jurídico, como se ha visto, adquiere importancia en cuanto a su enunciación y significado dado/percibido por el intérprete, y en razón de esto es que las normas jurídicas necesitan ser apreciadas para que la aplicación fáctica se materialice. Pero además, las normas jurídicas son un tipo especial de lenguaje que cumple una función en las relaciones sociales y en la dirección de los comportamientos humanos jurídicamente relevantes o calificados por el derecho como jurídicos.

Un sistema deóntico no es sino un sistema de significados compartidos pragmáticamente por medio de los cuales son leídos, interpretados, valorados y orientados los comportamientos que califican. Y estos significados no están dados de una vez y para siempre, sino que cambian al cambiar las culturas, la fuerza y la conciencia de los actores sociales que son a la vez artífices, destinatarios e intérpretes de un sistema normativo y, en particular, del derecho.²⁵

Así, la apreciación de las normas como lenguaje jurídico, a través del cual se regulan y en ocasiones se crean realidades, es un concepto dinámico que recibe influencia de factores externos que rodean a sus intérpretes de acuerdo a los acontecimientos, sucesos o fenómenos sociales de determinado lugar y espacio. Pero además, tal lenguaje jurídico, al igual que el lenguaje en general, cumple con diversas funciones importantes a tomar en consideración.

1.2.2 Algunas funciones del lenguaje jurídico

El lenguaje, oral o escrito, es la forma esencial de la comunicación entre los seres humanos. Es una de las características diferenciadoras que distingue a las sociedades humanas de otras formas de organización que forman las diversas especies de seres vivos que habitan el planeta, que si bien poseen una forma de comunicación, incluso basada en lenguaje (por ejemplo gesticular), no puede asemejarse en forma alguna al lenguaje oral y escrito, por la significación que éste guarda.

²⁵ Ferrajoli, Luigi, *Op. Cit.*, pág. 211.

Las palabras dentro del lenguaje pueden poseer distintos significados, los cuales varían dependiendo de ciertos factores como puede ser el contexto bajo el cual se citen las palabras, las personas que las mencionen, los lugares donde se mencionen, etc., pero uno de los más importantes factores que atribuyen significado a las palabras, al menos para los fines de este trabajo, será el significado que el intérprete les conceda, ya que la persona percibe las palabras, escritas o verbales, y les otorga una significación de acuerdo a su capacidad intelectual y cognoscitiva, por lo tanto, la interpretación es una acción reflexiva que tiene su origen en la intelectualidad del hombre.

El hombre pudiera usar sonidos (articulados para formar palabras) como signos de sus conceptos internos, y establecerlos como señales de las ideas dentro de la propia mente, por las cuales podrían darlas a conocer a otros y así los pensamientos de los hombres se transmitirían entre sí...la gran dependencia que nuestras palabras guardan con las ideas sensibles comunes, y la manera en que aquellas que empleamos para representar acciones y nociones muy alejadas de los sentidos surgen de allí y se transfieren de ideas sensibles obvias a significados más recónditos, haciéndose símbolos de ideas que no caen bajo el conocimiento de nuestros sentidos...no tenemos otras ideas sino las que proceden originalmente de los objetos sensibles del exterior o de lo que sentimos dentro de nosotros, por el funcionamiento de nuestro propio espíritu, del cual somos conscientes en nuestro interior²⁶.

Entonces, es innegable que las ideas pueden comunicarse por medio del lenguaje y estas son apreciadas a través de los significados percibidos por su intérprete, de ahí que la actividad reflexiva de la persona sea tan importante para poder distinguir las funciones del lenguaje en cada caso. Obviamente en el campo del Derecho, al menos en la práctica judicial, existen lineamientos de interpretación comúnmente denominados criterios que se encuentran inmersos en las ejecutorias de ciertas autoridades que tienen facultades para emitirlos, pero no debe perderse de vista el hecho que no sólo los juzgadores interpretan las normas para su

²⁶ Locke, Jhon, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, 2a. edición, México, Porrúa, 2005, págs. 313 y 314.

aplicación, pues como se ha explicado en líneas anteriores, incluso el propio sujeto normativo lo hace.

No obstante, para los fines que se buscan explicar en el presente apartado, compartimos las ideas de Ribeiro Toral, en el sentido que el lenguaje jurídico es llanamente lenguaje: “El discurso jurídico es lenguaje (lenguaje disciplinador) nada más que lenguaje. El lenguaje jurídico utiliza signos lingüísticos en diferentes niveles y con diferentes funciones para disciplinar a una comunidad (nivel normativo) a partir de hechos (nivel fáctico) que la comunidad valora (nivel axiológico).”²⁷

La utilización de estos signos lingüísticos, en los diferentes niveles propuestos, tiene una estrecha e indispensable relación con las personas a quienes se dirigen, pues nuevamente adquiere trascendencia el significado que le concede la sociedad (intérprete) a dichos signos. Los signos son “siempre institucionales: en este sentido sólo existe para un determinado número de usuarios... pero fuera de una sociedad, por reducida que sea los signos no existen... Sólo una comunidad de usuarios puede instituirlos como signo.”²⁸

Así las cosas, se puede comprender que las funciones del lenguaje, además de ser variadas, dependen en gran medida de la sociedad o de la comunidad donde se empleen, pues de acuerdo a las personas que hagan uso de ese lenguaje, en conjunto con el entorno social, el lugar y la época, los significados que sean apreciados podrán ser variados. Para Manuel Atienza ²⁹ algunas de las funciones que puede desarrollar el lenguaje son: informativa o descriptiva y tiene como objetivo dar a conocer información, como es el lenguaje que se utiliza en los noticieros a través de los cuales se describen los sucesos que acontecen en la vida cotidiana.

²⁷ Ribeiro Toral, Gerardo, *Op. Cit.* Pág. 41

²⁸ Tzvetan, Todorov, Ducrot, Oswald, *Diccionario enciclopédico de las ciencias del lenguaje*, Siglo XXI editores, México, 1998, pág. 121. Citado en Ribeiro Toral, Gerardo, *Op. Cit.* Pág. 43.

²⁹ *Cfr.* Atienza, Manuel, *Op. Cit.* Pág. 24 y 25.

La función emotiva o expresiva resulta útil para hacer saber o transmitir emociones o sentimientos, por lo cual, depende de cada sujeto la forma e intensidad en que sean transmitidos. Tómese como ejemplo los correos que se intercambian dos personas enamoradas que se encuentran lejanas y se hacen saber mutuamente sus sentimientos de amor.

Pero es importante que no se encasille esta función emotiva únicamente en ejemplos como el de las líneas anteriores, pues dentro del lenguaje jurídico igualmente es útil dicha función del lenguaje. Por ejemplo, en la violencia moral que ejerce un cónyuge sobre el otro, haciéndole saber el desprecio y los sentimientos de aberración que le provoca su sola presencia, en ese contexto la función expresiva o emotiva adquiere interés y facticidad dentro del lenguaje jurídico.

La función interrogativa del lenguaje es útil para formular preguntas o cuestionamientos. Esta función seguramente escapa de la escena del lenguaje jurídico por lo que se refiere a las normas (derecho positivo en estricto sentido), ya que, como veremos más adelante, las normas jurídicas se encuentran expresadas a través de proposiciones contenidas en las enunciaciones. Pero, no es del todo ajena al lenguaje jurídico la función interrogativa, pues resulta útil dentro de la argumentación, que igualmente es una parte medular de la ciencia jurídica.

La función operativa (también identificada como performativa o ejecutiva) es cuando el lenguaje implica una acción. Por ejemplo la promulgación de una ley, la votación en los comicios electorales, el presidir la audiencia. En todos estos enunciados el lenguaje tiene una función operativa que implica la ejecución de una acción.

Por último, se encuentra la función directiva (también identificada como prescriptiva) del lenguaje jurídico y no es que sea la más importante, pero si es la más común tratándose de normas jurídicas, derecho positivo en estricto sentido, pues tiene como objetivo influir en el comportamiento de los sujetos normativos.

Piénsese por ejemplo en el derecho de propiedad como una facultad oponible a cualquier persona, por lo tanto, el lenguaje utilizado en las normas que prevén la propiedad tiene que ser directiva, tal y como sucede con el artículo 831 del Código Civil Federal³⁰ que dispone que ninguna persona pueda ocupar un inmueble en contra de su propietario. Esta disposición mantiene un sentido de prescripción de orden a cualquier tercero ajeno al propietario para que se abstenga de ocupar un inmueble en contra de la voluntad de su dueño.

1.2.3 Propositiones oracionales del lenguaje

Hasta este punto se ha podido dar cuenta de algunas funciones del lenguaje y la confluencia que encuentran con el lenguaje jurídico, pero es importante hacer una pausa para distinguir las proposiciones que se encuentran dentro del lenguaje, sea jurídico o no. Para definir en forma sencilla lo que debe entenderse como proposición oracional para los fines de este trabajo se precisa que son el conjunto de palabras que forman a su vez oraciones que buscan transmitir mensajes para lograr variados fines. Por lo tanto, mientras el lenguaje es el género, la proposición oracional es la especie, sin embargo, ambos, género y especie, tienen funciones variadas de acuerdo al fin o finalidades que deseen cubrir cada una en su caso.

El autor Ribeiro Toral ³¹ distingue cuando menos siete funciones en las proposiciones oracionales:

La proposición oracional aseverativa corresponde a los enunciados que afirman o niegan algo. En este sentido, las proposiciones aseverativas difícilmente podrán ser parte de las normas jurídicas, pero pueden sin duda formar parte de la argumentación que a su vez es parte importante del lenguaje y de la ciencia jurídica.

³⁰ Código Civil Federal

Artículo 831.- La propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

Consultada en su versión PDF dentro del portal electrónico oficial de la cámara de diputados federal, el día 17 de abril del año dos mil catorce por medio del link:

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

³¹ *Cfr.* Ribeiro Toral, Gerardo, *Op. Cit.* Págs. 50 y 51.

Las proposiciones oracionales informativas son los enunciados que muestran datos o información de un hecho. Estas proposiciones pueden encontrarse en cierto tipo de normas, sobre todo las que son de carácter adjetivo, no obstante las normas jurídicas en general pueden utilizar este tipo de enunciados para proporcionar al intérprete una serie de datos o información que puede llegar a ser necesaria para la apreciación de otras normas.

Las proposiciones oracionales descriptivas son aquellas que tienen como finalidad propiciar que el intérprete reciba las características fundamentales de algo, a fin de que pueda distinguirlo de otro. A diferencia de éstas, las proposiciones oracionales prescriptivas son aquellos enunciados que buscan influir o imponer determinada conducta al sujeto normativo, ya sea que tal sujeto acepte voluntariamente o no la prescripción contenida en la norma, con este tipo de proposiciones oracionales están construidas comúnmente las normas jurídicas.

Las proposiciones oracionales performativas son, para Ribeiro Toral, los “enunciados que modifican las condiciones (jurídicas) del mundo, es decir, modifican las relaciones sociales de la comunidad.”³² Se puede comprender la concepción del autor en el sentido de que estas proposiciones implican que los sujetos normativos realicen algo. Se les impone el deber de ejecutar cierta acción o conducta, de tal modo que la conducta que deban desplegar afectará, de algún modo, las condiciones jurídicas que acontecían previas a la norma, pero también se ligan con las prescriptivas como se vio antes.

Las proposiciones oracionales interrogativas son los enunciados que “interpelan por un hecho o un objeto.”³³ Por último, las proposiciones oracionales expresivas son aquellas que transmiten emociones y, al igual que la función emotiva del lenguaje, trascienden al lenguaje jurídico cuando las emociones que se plasman en los enunciados normativos son relevantes para su interpretación.

³² Ribeiro Toral, Gerardo, *Op. Cit.* Pág. 51.

³³ *Ídem.*

Así, todas las funciones de las proposiciones oracionales anteriormente anotadas pueden ser utilizadas por el lenguaje jurídico, sin embargo, no todas pueden formar parte de los ordenamientos normativos o más propiamente dicho, no todas pueden ser usadas para formar normas jurídicas, ya que “las proposiciones oracionales interrogativas y expresivas no son funciones, ni deben ser funciones, contempladas por la proposición legal (Ley)”³⁴.

Hasta ahora, de una epítome entre funciones del lenguaje y funciones de las proposiciones oracionales, podemos dar cuenta que ambas comparten fines, pero las funciones del lenguaje son más amplias, ya que son aplicadas de forma general a todos los signos que imprimen el significado en el lenguaje (jurídico o no); mientras que las funciones de las proposiciones oracionales podemos utilizarlas para atender de manera directa a las normas jurídicas que comprenden el lenguaje jurídico. Por ello, debe diferenciarse en cada caso cuál es la proposición oracional utilizada y la función que se busca con la misma.

1.3 Las normas jurídicas

Los tópicos anteriores cobran importancia al abordar directamente el tema de las normas jurídicas, ya que es a través del lenguaje y la interpretación de sus significados como se forman y aplican dichas normas. Como se precisó desde el inicio, los comportamientos son igualmente importantes en tanto son comprendidos en las normas jurídicas y es que “un acto –en cuanto se expresa a través de palabras verbalmente formuladas o escritas- puede él mismo enunciar algo sobre su significado jurídico³⁵”, o sea, el acto mantiene una autorreferencia del significado jurídico que puede llegar a adquirir en el mundo normativo. Kelsen da un ejemplo de lo anterior y establece lo siguiente:

³⁴ *Ibidem*, Pág. 51.

³⁵ Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, Pág. 17.

“Una planta nada puede transmitir sobre sí misma al investigador natural que la determina científicamente. No intenta en forma alguna explicarse a sí misma desde un punto de vista científico natural. Pero un acto de conducta humana puede llevar muy bien consigo una autoatribución de significado jurídico; es decir, contener enunciación sobre lo que significa jurídicamente. Un hombre puede describir literalmente sus disposiciones de última voluntad como testamento.”³⁶

Cabe hacer precisión a lo señalado por Hans Kelsen, en el sentido de que la autorreferencia que menciona de los actos expresados por los sujetos es posible debido a los significados que atribuyen las normas jurídicas a esos actos. Imagínese a un hombre queriendo dictar su disposición testamentaria en una comunidad donde no conozcan siquiera lo que es un testamento. El acto adquiere significado jurídico a partir de que la norma lo reconoce como relevante para el Derecho. Dicho de otro modo, el lenguaje se vuelve jurídico a partir de las normas y propiamente a partir del significado que se le atribuye a dichas normas.

1.3.1 Concepto de norma jurídica

Antes de continuar es necesario asumir la conceptualización de lo que debe comprenderse por norma jurídica y sirve al efecto la definición que el propio Kelsen da en su teoría pura del derecho.

“Con la palabra <<norma>> se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre deba comportarse de determinada manera... <<Norma>> es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento. Debe tenerse en cuenta con ello que la norma como sentido específico de un acto intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, es algo distinto del acto de voluntad cuyo sentido constituye. Dado que la norma es un deber (deber ser), mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, es un ser.”³⁷

³⁶ *Ídem*.

³⁷ *Ibidem*, Págs. 18 y 19.

De la conceptualización anterior se advierte que una norma jurídica no puede concebirse como el comportamiento que prevé, sino como la prescripción de actuar en cierto modo, la norma jurídica es el deber ser, mientras que el comportamiento del sujeto es el ser.

Para Norberto Bobbio³⁸ la norma jurídica es una proposición prescriptiva, desde un punto de vista formal:

Por “proposición” entendemos un conjunto de palabras que tienen un significado entre sí, es decir, en su conjunto. La forma más común de una proposición es lo que en la lógica clásica se llama juicio, que es una proposición compuesta de un sujeto y de un predicado, unidos por una cópula. Así también, hay que distinguir una proposición de su enunciado. Por “enunciado” entiendo la forma gramatical y lingüística con la cual se expresa un significado, por lo que la misma proposición puede tener diversos enunciados...hay varios tipos de proposiciones y se pueden distinguir con base en dos criterios: la forma gramatical y la función. Según la forma gramatical las proposiciones se distinguen principalmente en declarativas, interrogativas, imperativas y exclamativas. En punto a la función se distinguen en afirmaciones, preguntas, órdenes, exclamaciones.”³⁹

Entonces, por ahora bastará que se entienda a las normas jurídicas como proposiciones prescriptivas que influyen en el comportamiento de los sujetos normativos a quienes se dirige la norma y teniendo en consideración que forman parte del lenguaje jurídico constreñido a diversas interpretaciones. Así, adquiere especial importancia la pragmática en la semiosis de las normas jurídicas, “entendiendo por pragmática la relación de los signos con sus intérpretes.”⁴⁰ Siendo esta relación indisoluble, pues como se explicó en líneas anteriores, las normas significan tanto o cuanto como le atribuya su intérprete, pues los signos por sí sólo representan simples grafías.

1.3.2 Elementos de la norma jurídica

³⁸ Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, 4a. edición, Colombia, Temis, 2013, Pág. 42.

³⁹ *Ibidem*, Págs. 43 y 44.

⁴⁰ Morris, Charles, *Fundamentos de la teoría de los signos*, España, Paidós, 1985, Pág. 67.

Es importante tomar en consideración algunas características que son intrínsecas a las normas jurídicas, enunciando éstas de forma sucinta para no pasarlas por alto y dar cuenta de su existencia teórica que impactan fácticamente en su aplicación o cumplimiento.

Se tomará la conceptualización de Manuel Atienza, quien a su vez usa la teoría de Georg Henrik von Wright para explicar los elementos inmanentes de las normas jurídicas (denominadas prescripciones por este último autor), con lo cual podremos explicar el carácter, contenido, condiciones de aplicación, autoridad, sujeto normativo, ocasión, promulgación y sanción de las normas jurídicas de la siguiente forma.

El carácter es “la caracterización de determinadas acciones como obligatorias, prohibidas, permitidas o facultativas.”⁴¹ El carácter que poseen las normas pueda entenderse como el sentido que imprime la norma a la acción del sujeto normativo, haciendo que su conducta o acción sea obligatoria, prohibida o permitida, e incluso que conceda una facultad al sujeto. Llanamente es el sentido de la acción al que se dirige la norma haciéndola obligatoria, prohibida, permitida o facultativa.

El contenido es “la acción o acciones afectadas por dicho carácter; es decir, lo prohibido, permitido, obligatorio o facultativo.”⁴² Es en sí la descripción normativa. La proposición literal que define cuál será la acción o conducta que debe ser considerada como prohibida, permitida, obligatoria o facultativa. Bobbio denomina a este elemento como objeto de la norma, es decir, “la acción prescrita.”⁴³

Las condiciones de aplicación son “las circunstancias que deben presentarse para que pueda darse oportunidad de realizar el contenido de la norma (si sólo son

⁴¹ Atienza, Manuel, *Op. Cit.*, Pág. 27.

⁴² *Ibidem*, Pág. 28.

⁴³ Bobbio, Norberto, *Op. Cit.*, Pág. 132.

las circunstancias que surgen del propio contenido, la norma será categórica, si hay otras adicionales, entonces será hipotética).”⁴⁴ No todas las normas jurídicas llevan inmersa las condiciones de aplicación, pues como se verá más adelante, existen normas no independientes que se encuentran secundadas con otras normas jurídicas, caso en el cual carecen de condiciones de aplicación.

La autoridad es “quien dicta la norma.”⁴⁵ Para el autor con el cual se guía este apartado, la autoridad es el ente o persona encargada de emitir la norma jurídica y obviamente es un elemento indispensable para su existencia, pues no hay norma jurídica sin autoridad facultada para dictarla, so pena de caer en la arbitrariedad y abuso de la creación de normas jurídicas. Debe distinguirse y no caer en confusión respecto a la autoridad encargada de la aplicación de las normas, ya que la aplicación no es un elemento imprescindible de la norma jurídica, puesto que la proposición normativa puede cumplirse voluntaria o espontáneamente sin necesidad de aplicación.

En este punto cabe hacer una pequeña pausa para aclarar una de las diferencias que existen entre aplicación y cumplimiento. El cumplimiento voluntario o espontáneo es interno y corresponde al sujeto normativo, es éste quien puede ajustarse a lo prescrito por la norma y cumplirla voluntariamente sin necesidad de que alguien más lo apremie para hacerlo.

Por el contrario, la aplicación es externa y viene de un tercero ajeno al sujeto normativo, quien generalmente es considerado como autoridad facultada o encargada para que la norma se haga cumplir aún en contra de la voluntad del sujeto normativo, es decir, mediante la coacción. No obstante, aunque la aplicación sea externa a la voluntad del sujeto normativo, finalmente tratará de lograrse el cumplimiento de la norma. Por lo tanto, la aplicación no es otra cosa más que el cumplimiento llevado a cabo por medios coactivos.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Idem.*

Esta diferenciación entre cumplimiento y aplicación cobra importancia al analizar los conceptos neurales de la investigación, pues la eficacia, efectividad y eficiencia de las normas jurídicas tienen diversos impactos y proporcionan diferentes indicadores cuando la norma es cumplida voluntariamente que cuando es aplicada coactivamente. Incluso, da lugar a un diverso análisis cuando la norma previene una prescripción que permita el cumplimiento voluntario de otra que sólo permite la aplicación, no obstante, este tema será ampliado más adelante, por ahora se continuará con la explicación de los elementos de las normas jurídicas.

Siguiendo con los elementos de las normas se encuentra al sujeto normativo que es el “destinatario de las normas.”⁴⁶ El sujeto normativo es la persona (física o moral) a quien se dirige el contenido prescriptivo, es quien debe cumplir o adecuar su conducta o acción al dictado de la norma jurídica, o bien, atenerse a que ésta sea aplicada por la autoridad a través del cumplimiento coactivo.

La ocasión es “la localización espacio-temporal en que debe cumplirse el contenido de la norma”⁴⁷. Todas las normas jurídicas deben contextualizarse tanto para su creación como para su cumplimiento o aplicación. Las normas no podrían ser atemporales y sin lugar determinado para su cumplimiento, siempre deben estar constreñidas a un territorio en donde se apliquen y a una época en la que rijan.

Ahora bien, en el aspecto de temporalidad no significa que las normas jurídicas deban siempre tener un plazo de vigencia, aunque accidentalmente puede ocurrir. Más bien, la temporalidad se refiere al hecho de que las normas rijan durante el tiempo en que sean válidas y no sean sustituidas por otras, o bien, cuando caigan en desuso por perder objeto o necesidad de aplicación.

La promulgación es “la formulación de la norma, es decir, su expresión en algún lenguaje (escrito, oral, o de otro tipo, como el de señales de tráfico) para que

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Idem.*

pueda ser conocida.”⁴⁸ Al inicio de este capítulo ya se abordó la enunciación a la que se refiere Ferrajoli, y que es propiamente la promulgación de una ley, o sea, el medio a través del cual se materializa la enunciación de la norma.

Por último, tenemos a la sanción y ésta es la “amenaza de un perjuicio en el caso en que sea incumplido el contenido de la norma.”⁴⁹ Para el caso de la sanción vale la pena hacer dos comentarios. Primeramente debe tenerse en cuenta que no todas las fracciones normativas de un ordenamiento jurídico prevén una sanción, pues los ordenamientos normativos son sistemas que se encuentran interconectados y que deben ser interpretados de ese modo y no de manera aislada, más adelante se dará cuenta de las normas jurídicas no independientes, las cuales pueden encontrarse ligadas con la sanción. Por otro lado, la sanción es un elemento indispensable de la norma ya que si no previene sanción para el caso de incumplimiento será ineficaz su aplicación, pues ninguna consecuencia adversa para el sujeto normativo acarrea su no cumplimiento.

No obstante, la sanción es un elemento que puede o no nacer a la vida jurídica. Es decir, la sanción puede nunca imponerse al sujeto normativo, ya que éste cumple espontánea o voluntariamente el contenido normativo, pero ello no debe dar lugar a que la sanción desaparezca o deje de tener aplicación en caso de incumplimiento.

Con este último elemento de las normas jurídicas podemos poner en sintonía los componentes internos de la norma, ya que existen otros como la generalidad y la abstracción, que igualmente son parte de las normas, pero dichos elementos impactan desde el contenido, es decir, de acuerdo al contenido se cumplen con los supuestos de abstracción y generalidad de la norma, los cuales serán explicados más adelante.

1.3.3 Las normas jurídicas de acuerdo a su sanción

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

Más adelante será desarrollado el concepto de lo que debe entenderse dentro de esta investigación como normas óptimas y normas no óptimas. No obstante, con la finalidad de evitar confusiones conceptuales, se dedican las líneas siguientes para explicar el concepto de normas perfectas e imperfectas, que no tienen similitud conceptual con las normas óptimas y no óptimas, ya que aquellas, es decir, la perfectas e imperfectas se definen a partir de la sanción que prevén, mientras que las normas óptimas y no óptimas guardan inmediata relación con la ineficacia, la ineffectividad y la ineficiencia.

Eduardo García Maynez clasifica a las normas jurídicas conforme a la sanción que disponen, en cuatro rubros: 1) perfectas, 2) más que perfectas, 3) menos que perfectas e 4) imperfectas. Ésta clasificación, entre algunas otras que propone el autor en su libro introductorio al estudio del derecho, responde principalmente a dos elementos, por un lado, llanamente a la sanción derivada de la transgresión o incumplimiento de la norma y el segundo elemento por los efectos que se producen o no, al incumplir la norma.

Este criterio usado por García Maynez no puede solventar la necesidad de conocer cuándo una norma es óptima o no óptima, pues el sujeto normativo puede cumplir voluntariamente la conducta prevista en la prescripción sin necesidad de que exista una sanción por el incumplimiento, por ejemplo cuando actúa por conveniencia personal. Sin embargo, puede darse el caso que aún cumpliendo la norma, no se obtenga el objetivo propuesto por el ordenamiento normativo, así entonces, aunque efectiva sería ineficaz.

Entonces, fines y cumplimiento tocan a la eficacia y a la efectividad de la norma, mientras que la eficiencia difícilmente podría ser analizada a partir de la sanción que se prevea, pues tal concepto es más económico que jurídico.

Para explicar los conceptos proporcionados por García Maynez se elabora a continuación un cuadro sinóptico mediante el cual se desarrolla brevemente cada uno de sus conceptos.

Cuadro sinóptico 1.⁵⁰ Clasificación de las normas de acuerdo a la sanción que disponen por su incumplimiento:

Normas perfectas	<p>La sanción establecida en este tipo de normas es la nulidad o la inexistencia del acto realizado en contravención.</p> <p>La transgresión o incumplimiento no surte efectos o puede surtir sólo provisionalmente, con la posibilidad de anularlos.</p>
Normas más que perfectas	<p>Estas normas establecen un castigo y además una forma de reparación o indemnización.</p> <p>El incumplimiento no es anulable, por lo tanto, no se pueden restablecer las cosas al estado que tenían antes de la violación, pero se impone un castigo al infractor y se le puede exigir además algún tipo de indemnización.</p>
Normas menos que perfectas	<p>Se establece una sanción, pero no la nulidad o inexistencia, sólo es una sanción que busca evitar el incumplimiento indiscriminado.</p> <p>El acto que se llevó a cabo incumpliendo la norma surte sus efectos, pero por llevarlo a cabo de esa forma es sancionado.</p>
Normas imperfectas	<p>No disponen sanción.</p> <p>La transgresión o incumplimiento de la norma no tiene una sanción y el acto que se ejecute contraviniendo la norma surte plenamente sus efectos sin consecuencia alguna.</p>

Este cuadro explica los casos en que la norma no es cumplida y la consecuencia que se desprende del incumplimiento, lo que propiamente es la sanción, pero no da luz para conocer la eficacia, la efectividad ni la eficiencia.

Abordar este tema, como se mencionó al inicio del apartado, tiene como única finalidad diferenciar conceptos aplicables a las normas jurídicas que pudieran

⁵⁰ Cuadro de autoría propia con información tomada de: García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 53ª edición, Porrúa, México, 2002, Págs. 89, 90 y 91.

ser confusos, pero que atienden a situaciones y supuestos diferentes en cada caso, pues mientras la clasificación de García Maynez supone a la sanción como parte diferenciadora de su clasificación, en el caso de las normas óptimas o no óptimas que se proponen en esta investigación parten de los supuestos de eficacia, efectividad y eficiencia, independientemente de la sanción que se prevenga en la descripción normativa.

Hasta aquí se deja por ahora los conceptos mencionados y se pasa a otro tópico importante para la investigación, sobre qué es el ordenamiento jurídico, pues ningún sentido tendría hablar de normas jurídicas suponiendo que éstas son aisladas, ya que en realidad el sistema jurídico se encuentra anegado por infinidad de ordenamientos formados por conjuntos y conjuntos de normas.

1.3.4 Ordenamiento jurídico

El conjunto de normas que componen los diferentes ordenamientos jurídicos que dan vida al sistema legal son vinculadas a otras normas jurídicas que regulan su producción o creación, llamadas normas fundantes. Así, podemos hablar que existen diversos tipos de normas jurídicas, sin embargo, por ahora solo se adelanta que la norma fundante es la que sirve de base para el reconocimiento y creación de nuevas normas jurídicas.

“Por ello, y solo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica”⁵¹, entonces la Constitución es la norma fundante que liga la producción de nuevas normas jurídicas que sean parte del sistema legal ya existente o de nueva creación. Por lo tanto, se puede definir al ordenamiento jurídico de la siguiente forma:

Un “orden” es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden

⁵¹ Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, Pág. 205.

normativo es – como veremos- una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden. Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden.⁵²

Esta norma fundante que regula la producción de nuevas normas jurídicas es concebida como una norma jurídica de valoración superior a todas las que emanan de ella, incluso, es el fundamento de validez (formal) de todas aquellas normas jurídicas nacidas de la norma fundante. “El fundamento de la validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metateóricamente, como una norma superior en relación con una inferior.”⁵³

La norma fundante es el escalón más alto a partir del cual se comienza la cascada normativa, por lo tanto, la norma básica es un presupuesto jurídico no sujeto a impugnación de validez, pues su validez deviene de sí misma. Explicado de otro modo, la Constitución Federal es el fundamento básico de cualquier otra norma jurídica que rija o intente regir en el país, incluso el derecho internacional adoptado mediante los tratados internacionales de los que México es parte. Por ello, la Constitución Política Federal es un presupuesto del sistema legal nacional, ya que no está sujeto a impugnación y de ella emanan todas las normas jurídicas. Esta exposición encuentra arraigo en la teoría pura del derecho de Kelsen, para quien la norma fundante es una norma suprema presupuesta:

Como norma suprema tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez...La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden...Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de

⁵² *Ibidem*, Págs. 44 y 45.

⁵³ *Ibidem*, Pág. 201.

normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen al orden.⁵⁴

Por esta concepción de la norma fundante básica es que todas las normas jurídicas adquieren su fundamento de validez (formal), pues de esta norma suprema nacen las demás y forman a su vez los ordenamientos legales.

Pero este criterio es estrictamente formal, pues contempla sólo el proceso de creación previsto en la norma fundante, sin embargo, no debe pasarse por alto que innumerables elementos ajenos y externos a la norma básica permean la creación de nuevas normas jurídicas, tal es el caso de las corrientes ideológicas de los grupos dominantes, o bien, los elementos económicos, políticos, la corrupción e incluso la ignorancia que rodean el proceso legislativo para la producción de nuevas normas lo que puede poner en riesgo al contenido normativo de apartarse de la teología de la norma básica.

Dada esta influencia y como señala Luigi Ferrajoli “el planteamiento luspositivista pone de relieve el carácter <<positivo>>, es decir artificial, del derecho moderno, y permite reconocerlo como un producto de las elecciones ético-políticas del legislador”⁵⁵, de ahí surge la premisa que, si se toma como válida tal afirmación, en el sentido de que las normas jurídicas son producto de las decisiones ético-políticas de los legisladores, vemos de inmediato el riesgo en el que se pone el contenido significativo de las normas jurídicas, más aún, tomando como precedente la mala reputación pública sobre la ética que persigue a los legisladores nacionales.

Pero, lejos de tal apreciación popular y ordinaria, el riesgo deviene de la falibilidad de las decisiones que puedan ser tomadas para la creación de normas jurídicas, por esta razón resulta de suma importancia la interpretación normativa por parte de los órganos jurisdiccionales como contrapeso a todo posible abuso o

⁵⁴ *Ibidem*, Pág. 202.

⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, Moreso, José Juan, et. al., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, 2ª edición, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, Pág. 173.

exceso en la formación de contenidos normativos, lo cual cobra mayor importancia al analizar la aplicación, ya sea mediante subsunción o por vía de ponderación.

1.3.5 Algunos tipos de normas jurídicas a considerar

Ya se tocó a la norma fundante o básica como un tipo de norma que es importante de tener en cuenta al ser fundamento de validez de todas las demás normas jurídicas que integran el sistema legal. Sin embargo, hay otro tipo de normas que igualmente son importantes de ser tomadas en cuenta, en especial por los efectos que producen.

Por ejemplo, el efecto de la norma fundante sobre las demás normas es engendrar la validez (formal) de todas aquellas que de ésta emanan, sin ese efecto las demás normas no podrían ser imputadas como parte de un ordenamiento jurídico válido. Por ello, los tipos de normas jurídicas que se abordan a continuación interesan debido a los efectos que producen, pero de ninguna forma es porque sean todos o los únicos tipos de normas jurídicas que existen.

De acuerdo a Bobbio, las normas jurídicas pueden ser distinguidas como proposiciones universales y proposiciones particulares, recordemos que dicho autor conceptualiza a la norma jurídica como una proposición. “Se denominan universales aquellas proposiciones en las cuales el sujeto representa una clase compuesta de varios miembros,”⁵⁶ así, las normas jurídicas universales son aquellas que se dirigen a una gama general de sujetos normativos, como pueden ser todas las personas, todos los ciudadanos, todos los miembros de una etnia, todos los géneros, etc.

Tal es el caso del artículo 1 de la Carta Magna, el cual dispone, entre otras cosas, que todas las personas gozarán de los derechos humanos. Dicho precepto normativo no hace distinción entre una particularidad específica de sujetos, sino en

⁵⁶ Bobbio, Norberto, *Op. Cit.*, Pág. 131.

forma general queda establecido su contenido normativo a favor de toda una gama de sujetos.

Mientras que, las normas jurídicas particulares son “aquellas en las que el sujeto (normativo) representa un individuo singular.”⁵⁷ No debe confundirse a las normas jurídicas particulares con aquellas disposiciones dirigidas a un individuo en particular, como podría ser el sentenciado en una norma individualizada (sentencia). El tinte de particularidad de las normas de este tipo se obtiene de cualificar al sujeto normativo con alguna característica singular que lo diferencie de la gama universal de sujetos.

Por ejemplo, el artículo 31 de la Constitución mexicana dispone las obligaciones de los mexicanos, con lo cual hace una diferenciación particular sobre la nacionalidad de todos aquellos sujetos normativos, es decir, la norma jurídica se dirige a los todos los individuos que compartan dicha nacionalidad, pero no a todas las personas, sin que por ello se exima a los extranjeros de la contribución fiscal, pero este deber se impone a partir de una interpretación política y fiscal contemplado en las leyes secundarias y no propiamente en la norma básica.

Así, la particularidad no se denota porque la norma se dirija a un sólo sujeto (como en el caso de las normas individualizadas), sino porque se dirige a varios sujetos normativos que comparten las mismas particularidades.

De esta primera distinción de normas jurídicas podemos hacer a su vez otra subdistinción: “prescripciones con destinatario universal, prescripciones con destinatario individual, prescripciones con acción (contenido) universal y prescripciones con acción (individual)”⁵⁸.

En esta segunda subdistinción que hace Bobbio se puede distinguir que la universalidad y la particularidad puede dirigirse tanto a los sujetos como al contenido

⁵⁷ *Ibidem*, Págs. 131 y 132.

⁵⁸ *Ibidem*, Pág. 132.

u objeto de la norma, por lo tanto, pueden existir normas jurídicas que prescriban contenido universal o particular.

Cabe hacer alusión al carácter general y abstracto de las normas jurídicas, para puntualizar la diferencia entre las normas universales y las particulares con el carácter antes mencionado. También sirve para dejar claro desde ahora que existen normas individuales y concretas, sin que por ello se viole el carácter de generalidad y abstracción, tal es el caso de las resoluciones judiciales que se encuentran individualizadas hacia un sujeto y en determinado caso concreto⁵⁹.

Se cree oportuno abordar el criterio utilizado por Norberto Bobbio para abordar y distinguir lo que debe entenderse por generalidad y abstracción.

En vez de usar promiscuamente los términos general y abstracto, creemos oportuno calificar de *generales* las normas que son universales respecto del destinatario, y de *abstractas* las que son universales respecto de la acción (objeto-contenido). Por esto aconsejamos hablar de *normas generales* cuando nos encontramos frente a normas que se dirigen a una clase de personas, y de *normas abstractas* cuando nos encontramos frente a normas que regulan una acción-tipo (o una clase de acciones)⁶⁰.

Otro tipo de normas que vale la pena tomar en consideración son las categóricas y las hipotéticas y siguiendo igualmente a Bobbio se puede conceptualizar como "*norma categórica* es aquella que establece que una determinada acción debe ser cumplida; *norma hipotética* es aquella que establece que cierta acción debe ser ejecutada si se verifica determinada condición."⁶¹

Entonces, las normas categóricas no se encuentran condicionadas, mientras que las hipotéticas previenen ciertas condiciones de actualización externa al

⁵⁹ Cfr., Bobbio, Norberto, *Op. Cit.*, Pág. 133.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ Bobbio, Norberto, *Op. Cit.*, Pág. 139.

contenido de la norma y de ello depende que puedan o deban ser cumplidas o aplicadas.

Existen normas jurídicas que prohíben o restringen el actuar de los sujetos normativos y otras que contrario a esto conceden permisos o atribuyen derechos. Eduardo García Maynez dice:

...la norma que otorga derechos se le ha llamado norma atributiva. Norma jurídica atributiva es la que otorga, a uno o más sujetos, un derecho cuyo ejercicio está garantizado por la imposición a otro u otros, del deber de observar la conducta que hace posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor.⁶²

Pero parece importante dar cabal precisión a la forma en que las normas atributivas se comportan en el plano factico y para ello sirve la reflexión del maestro Liborio Hierro en la cual precisa muy atinadamente que “en cuanto el permiso es la negación de la obligación y de la prohibición de una acción quiere decirse que el destinatario satisface el permiso haga o no haga la acción y, por tanto, que la norma que establece el permiso siempre corresponde con la conducta seguida por su destinatario sea ésta la que sea”⁶³.

De tal reflexión se puede advertir que de las facultades concedidas por las normas atributivas se vale el sujeto para evitar la sanción por la no realización de una conducta que tiene permitido no realizar, o bien, no recibir una sanción por la conducta permitida. Pero además, realice o no la conducta dispuesta en la norma atributiva ésta se entiende cumplida, pues resulta un derecho exclusivo del sujeto normativo ejercer el derecho atribuido o no hacerlo.

Al contrario de lo anterior, las normas restrictivas o prohibitivas son aquellas que limitan la acción o conducta del sujeto, prohibiendo o restringiendo su actuar, además de disponer de una sanción para el caso de que el sujeto normativo

⁶² García Maynez, Eduardo, *Diálogos Jurídicos*, México, Porrúa, 1978, Pág. 180.

⁶³ L. Hierro, Liborio, *Op. Cit.*, Pág. 86.

incumpla con la acción prevista por la norma. En este caso, las normas prohibitivas no son una potestad del sujeto, sino más bien constituyen un deber u obligación de actuar conforme al contenido de la norma y en caso contrario la autoridad encargada de la aplicación tiene la facultad de compeler coactivamente por medio de la sanción al sujeto normativo para que cumpla con la acción prevista en el contenido de la norma.

Basta por ahora con estos tipos de normas jurídicas que son de las más comunes aunque no las únicas, sin embargo, serán las útiles para el presente trabajo, lo cual rendirá frutos al analizar las normas jurídicas contenidas en el ordenamiento jurídico que servirá como evidencia de estudio.

El impacto que tienen los tipos de normas jurídicas aludidas dentro de la esfera jurídica del hombre se define de acuerdo con sus efectos o consecuencias, y principalmente son cinco según Liborio Hierro “preceptuar, prohibir, crear obligaciones jurídicas, producir la reacción coactiva para el caso de desobediencia y organizar la comunidad.⁶⁴” Es incomprensible la razón por la cual el autor no incluyó las permisiones o atribuciones dentro de los efectos enunciados, probablemente será que las quiso englobar dentro del efecto denominado “preceptuar”, sin embargo, no sólo los atributos son preceptuados, también las restricciones, sanciones, organización, etc., de ahí que para este trabajo se tomen estos efectos enunciados como meramente alusivos y no como únicos o exclusivos.

La importancia de los efectos normativos es que mediante éstos se impacta a la realidad vital del sujeto actuando dentro de la sociedad, y su comportamiento y desenvolvimiento se limite y ordena de acuerdo a los efectos previstos en cada norma jurídica. De ahí la conexión que existe entre los efectos producidos por las normas jurídicas y los conceptos de validez, eficacia, efectividad y hasta eficiencia, no obstante que este último concepto haya sido traído principalmente de las filas conceptuales de la economía.

⁶⁴ *Ibidem*, Pág. 75.

1.4 Validez y vigencia de las normas jurídicas

Los temas de validez, vigencia, eficacia, efectividad e incluso eficiencia, han sido abordados por diversos doctrinarios y en las más de las veces no son coincidentes o si lo llegan a ser, existen notas muy particulares que pueden llegar a cambiar el sentido del concepto que traten. Por ejemplo, para Kelsen la validez se refiere a “la existencia específica de una norma”⁶⁵, mientras que Alf Ross realiza una distinción de tres significados de la palabra validez usada en las doctrinas jurídicas:

Primero, el término es usado en las corrientes exposiciones doctrinarias del derecho vigente para indicar si un acto jurídico, por ejemplo un contrato...tiene o no los efectos jurídicos deseados. Se dice que el acto es invalido, o nulo, si no los tiene. Esta función es interna, en el sentido de que afirmar que un acto es válido es afirmar algo *según* un sistema de normas dado. El enunciado es un juicio jurídico que aplica reglas jurídicas a determinados hechos.⁶⁶

Esta primera distinción no es útil para determinar la validez de las normas jurídicas, pues de lo que se habla en este caso es de los actos a los cuales les son aplicadas las normas, mismas que deben ser validas *per se*, de lo contrario acarrearía la nulidad o invalidez del propio acto. En razón de lo cual, esta primera acepción de la palabra validez mencionada por Ross no es materia de atención para esta investigación. Sin embargo el segundo significado dado por este autor si lo es, y converge en gran medida con el dado por Kelsen, como se ve:

Segundo, el término es usado en la teoría general del derecho para indicar la existencia de una norma o de un sistema de normas. La validez de una norma en este sentido significa su existencia efectiva o realidad, por oposición a una regla meramente imaginada o un mero proyecto. Esta función es externa en el sentido de que afirmar que una regla, o un sistema de reglas, existe, es afirmar algo *acerca* de

⁶⁵ Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, Pág. 23.

⁶⁶ Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 2006, Pág. 23.

la regla o del sistema. El enunciado no es un juicio jurídico sino una aserción fáctica que se refiere a un conjunto de hechos sociales.⁶⁷

Este concepto empalma con el dado por Kelsen, pues entiende la validez como existencia del ordenamiento legal. Incluso, trasciende del escalón formal al fáctico, pues afirma que no se trata -la validez- de una mera reflexión jurídica, sino es más bien una manifestación real de la norma al contener -el ordenamiento- los hechos sociales captados por el creador de la norma.

No obstante lo anterior, cabe hacer distinción de que la validez siempre es formal, en cuanto la norma existe porque es creada conforme al proceso de producción contemplado en la norma fundante, mientras que su aplicación fáctica será analizado en términos de su eficacia y efectividad, pero debe ser válida antes que siquiera intente ser cumplida o aplicada, pues la validez se sujeta a la dimensión formal.

Ahora, si bien es cierto, como lo afirma Alf Ross, que la validez resulta una aserción fáctica que se refiere a un conjunto de hechos sociales, esto significa que la norma recoge -en su creación- un conjunto de hechos sociales que necesitan ser regulados, y de ahí que la existencia de la norma se deba a una necesidad real y no formal, es decir, para que la norma tenga utilidad debe ajustarse a la realidad que va a regular, sin intentar crear supuestos fácticos injustificados.

Pero, el plano desde el cual se analiza la validez es formal y no material, o sea, la validez de la norma se corrobora cuando su creación respeta los lineamientos y condiciones previamente establecidas para su nacimiento, pero aunque así sea, puede darse el caso que nunca se aplique ni se cumpla, no obstante que sea válida por haberse construido de acuerdo a las reglas para su nacimiento, por lo tanto la validez tiene un fundamento formal y no material. Más adelante se explicarán los conceptos de eficacia, efectividad y eficiencia, los cuales parten del

⁶⁷ *Ídem.*

plano real o material de aplicación y con ello podrá notarse con mayor claridad la diferencia entre tales conceptos.

El último de los significados de validez concebidos por Alf Ross no comulga con la intención de este trabajo, no obstante se incluye para verificar el motivo de su inutilidad. “Tercero, <<validez>> en ética y en derecho natural...se usa para significar una cualidad apriorística específicamente moral, llamada también la <<fuerza obligatoria>> del derecho, que da lugar a una obligación moral correspondiente”⁶⁸.

Este último significado de validez se dirige al aspecto interno y juicioso del sujeto, mediante el cual constriñe su actuar a la norma por ser válidos y razonables su cumplimiento y aplicación. Sin embargo, la intención de esta investigación es atender principalmente a la norma jurídica y secundariamente el pensamiento del sujeto, razón por la cual se deja hasta aquí este último significado otorgado por Ross.

Como advertimos antes, la norma fundante o básica es la que concede validez a las demás normas, puesto que dispone el proceso de creación o producción de todas las demás que deban emanar de ella. Por esto, se debe entender como validez, en términos de Kelsen y Ross, la existencia de la norma en cuanto son creadas de acuerdo y con apego a la norma fundante. Así, todas las normas jurídicas deben mantener apego y sustento en la norma básica, no obstante que emanen de forma indirecta a través de una norma secundaria, pues esto deriva en su validez y correspondientemente en su existencia específica para el mundo del Derecho.

Giuseppe Lumia, citado por Leticia Bonifaz, equipara la validez con la vigencia, pues “considera que una norma es válida si está en vigor de conformidad con las normas de producción propias del sistema normativo del que forma parte.”⁶⁹ En este sentido, parece que el autor confunde dos momentos por los que pasa la

⁶⁸ *Ibidem*, Pág. 24

⁶⁹ Bonifaz Alfonso, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho México*, Porrúa, 1993, Pág. 13.

norma jurídica desde su *concepción* hasta su *nacimiento*. Para explicar esto, como se anotó líneas antes, se debe tomar en cuenta que el concepto de validez, así como el concepto de vigencia, se encuentran en un plano formal del derecho, ante ello, para que una norma sea vigente antes debe ser válida, pues a partir de su validez se dispone su vigencia.

Lautmann, también citado por Bonifaz, da claridad a lo que se ha explicado, al señalar que el “concepto de validez de una norma afirma que la norma se encuentra en vigencia y expresa así la diferencia con otras normas que se encuentran en proceso de creación o que ya han desaparecido, es decir, aquellas normas que aún no valen o que han dejado de valer.”⁷⁰ De este modo, Lautmann considera que las normas vigentes deben ser válidas, como se explico anticipadamente, y esto es lógico, pues sería ocioso que la norma jurídica fuera creada pero no se dispusiera su vigencia, lo cual se reduciría a una norma jurídica sin expectativa de aplicación o cumplimiento.

Leticia Bonifaz pone un ejemplo claro de por qué la vigencia y la validez no deben tomarse como conceptos coincidentes, al precisar que “la validez y la vigencia en algunos casos pueden no ser coincidentes, esto se daría, por ejemplo, cuando ya terminó el proceso formal de creación pero aun no ha llegado el término fijado para la entrada en vigor.”⁷¹ La *vacatio legis* es el ejemplo claro de que la norma debe ser ante todo válida para que pueda llegar a ser vigente, incluso podría ser válida antes de que llegue a ser vigente, pero no al contrario, una norma jurídica no podría imputarse vigente si antes no es válida.

Esto muestra más claramente que tanto la validez como la vigencia se encuentran en un plano formal del derecho, pues aunque la norma jurídica sea válida y vigente, ello no quiere decir que en efecto sea aplicada o cumplida, ya que estos conceptos corresponden precisamente a la eficacia y a la efectividad, como se tratará más adelante. Sin embargo, la aserción aquí contenida se hace en estricto

⁷⁰ *Ídem.*

⁷¹ *Ídem.*

sentido conforme al campo de la teoría general del derecho y sin tomar en consideración corrientes sociológicas en las cuales se hace depender a la vigencia -y a la validez- del impacto que tenga la norma jurídica en el comportamiento de los individuos en la sociedad,⁷² pues tal cuestión impacta, según esta investigación, al concepto de eficacia y efectividad de las normas jurídicas y no a la validez ni a la vigencia.

Por lo tanto, se considera que la validez se encuentra en el aspecto formal de la norma jurídica y se refiere a su proceso de creación. Mientras que la vigencia se refiere al aspecto de temporalidad durante el cual la norma regirá y podrá ser exigido su cumplimiento o aplicación. Entonces, hasta ahora puede ubicar a la validez como una condición *sine qua non* de la vigencia, sabiendo que la validez es la existencia de la norma jurídica conforme al proceso de producción establecido dentro de la norma básica fundante y la vigencia es la determinación del tiempo a partir de cuándo (excepcionalmente fijada como intervalo de tiempo⁷³) regirá y podrá ser exigido su cumplimiento o aplicación, siendo que estos últimos conceptos (conexión entre el mundo formal y el mundo real de las normas jurídicas) podrán ser analizados a través de la eficacia y de la efectividad.

1.5 Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas jurídicas

Si los conceptos analizados anticipadamente de vigencia y validez pueden presentar problemas de claridad, los que se abordan a continuación sobre eficacia y efectividad son aún más difíciles, y es que son muchos los doctrinarios que confunden o asemejan la eficacia a la efectividad y más aún, quienes asemejan

⁷² Cfr. Bonifaz Alfonso, Leticia, *Op. Cit.*, Pág. 14.

⁷³ La vigencia generalmente se dispone con un momento a partir del cual la norma jurídica será vigente, sin que se contemple la terminación de vigencia, es decir, se dispone hacia el futuro sin una fecha o momento de culminación. Pero ello no quiere decir que no pueda ser determinada la vigencia en un cierto lapso o intervalo de tiempo, caso en el cual podría determinarse el inicio y terminación durante el cual la norma jurídica será vigente y aplicable. El ejemplo del primer caso son las leyes emanadas directamente de la Constitución que disponen en sus artículos transitorios a partir de cuándo entrarán en vigor, mientras que los acuerdos generales dictados por algún órgano o autoridad para solventar alguna contingencia temporal dispone un cierto lapso de vigencia. Como ejemplo véase el acuerdo general 5/2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal en: www.cjf.gob.mx/noticias/docs_noticias/2014/ACUERDOS052014.pdf

validez a la eficacia. Pero la impronta que deja cada uno de estos conceptos facilita el trabajo para fijar algunas diferencias significativas entre efectividad y eficacia y todavía más entre eficacia y validez.

Comúnmente la palabra eficacia hace alusión a la “capacidad de lograr el efecto que se desea o que se espera.”⁷⁴ Pero no es exclusivo del lenguaje común que se ligue el término de eficacia al logro de los propósitos fijados, incluso Juan Capella precisa que la “eficacia se identifica con el logro de los propósitos perseguidos por el legislador,⁷⁵” y es precisamente desde este punto en el que se atenderá el concepto de eficacia para efectos de este trabajo.

Por lo tanto, para que se analice el concepto de eficacia en las normas jurídicas será prudente ceñir o buscar a la eficacia de acuerdo con los fines propuestos como objetivos planteados en los diferentes ordenamientos jurídicos, diferenciando y apartando el aspecto general y abstracto de los fines del derecho en sí, por lo cual, se buscará identificar en cada ordenamiento el fin propuesto con la serie de normas jurídicas que lo contienen.

Esto debe hacerse así, para poder visualizar o descubrir los fines y objetivos específicos de las normas jurídicas positivadas en el sistema legal. Para ello, en este trabajo será utilizado como referencia la exposición previa mediante la cual se propone la creación o reforma de los ordenamientos jurídicos, pues dichas exposiciones de motivos son el preámbulo y guía por medio del cual se conocen los fines pretendidos, así como los motivos que dan lugar a imponer las diferentes normas que formen parte de la legislación.

⁷⁴ Diccionario de la Real Academia Española, consultado en su versión electrónica en línea el día 22 de marzo del año 2014 mediante el link:
www.lema.rae.es/drae/?val=eficacia

⁷⁵ Capella, Juan R., *El derecho como lenguaje*, Madrid, 1968, Pág. 104 y ss., citado así por Héctor Omar García dentro de la versión escrita de la exposición de este autor dictada en el Seminario Internacional sobre “*Eficacia, efectividad y eficiencia del Derecho del Trabajo en los regímenes legales de condiciones de trabajo, conflicto laboral e inspección del trabajo*”, desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Argentina (UBA por sus siglas), los días 13 y 15 de septiembre del año 2005 bajo la dirección de los Dres. Adrian Goldin y Mario Ackerman.

Normalmente, en las exposiciones de motivos de las leyes o en los considerandos de los decretos y acuerdos se hace referencia al propósito de la norma. Además de estos propósitos que se hacen explícitos, pueden existir propósitos implícitos. En atención a la consecución de ellos se puede calificar de eficaz o ineficaz el ordenamiento.⁷⁶

De lo antes anotado se puede decir que la eficacia se identifica como el cumplimiento de los fines para los cuales es creada la norma jurídica, tomando en consideración cuáles fueron las motivaciones que llevaron a producir la norma y esto se puede advertir de la exposición que utilizó como sustento el legislador para darle vida al nuevo ordenamiento jurídico.

De esta primera aseeración debemos hacer una distinción entre lo que es cumplimiento de la norma jurídica y cumplimiento de los fines que persigue el ordenamiento, entendiendo el primero como la adecuación voluntaria y espontanea del sujeto normativo al contenido de la norma, mientras que el cumplimiento de los fines se dará únicamente si, mediante el cumplimiento o aplicación de la norma jurídica, se consiguen realmente los objetivos planteados por el legislador al concebir la legislación.

Por esta razón no siempre el cumplimiento de la norma significa que se consigan los fines establecidos por el creador o legislador, pues cabe la posibilidad de que no se haya dimensionado adecuadamente los efectos del cumplimiento de la norma y estos efectos no ayuden a la consecución del fin perseguido. Es decir, puede ocurrir que habiéndose planteado lograr un fin u objetivo con el ordenamiento legal, el mismo no se consiga porque las normas no tienden a lograr la consecución del objetivo, produciendo entonces que sea ineficaz.

Al analizar la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, mismo ordenamiento que servirá de evidencia para esta investigación, se podrá dar cuenta que el cumplimiento de la norma no

⁷⁶ Bonifaz Alfonso, Leticia, *Op. Cit.*, Pág. 218.

siempre da como resultado conseguir los objetivos, o sea, no necesariamente se acarrea la eficacia, ya que no todas las normas que conforman dicha legislación conllevan la prevención del lavado de dinero mediante la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Para Hans Kelsen, citado por Paolo Di Lucia, no sólo la eficacia no es condición de las normas jurídicas, sino además, la eficacia es una cualidad del comportamiento del sujeto normativo:

La validez del derecho significa que las normas jurídicas son vinculantes, que los hombres deben comportarse en conformidad con lo que las normas prescriben, que los hombres deben obedecer y aplicar las normas jurídicas. La eficacia de las normas significa que los hombres efectivamente se comportan cómo, según lo establecen las normas, deben comportarse, que las normas son efectivamente aplicadas y obedecidas. La validez es una cualidad del derecho, la eficacia es una cualidad de un comportamiento efectivo de los hombres y no (como su uso lingüístico sugiere) del propio derecho. La afirmación de que el derecho es eficaz significa el comportamiento efectivo de los hombres se ajusta a las normas jurídicas. Por lo tanto, validez y eficacia se refieren a fenómenos del todo diferentes.⁷⁷

Cabe la oportunidad ahora, para hacer una pausa al respecto de esta concepción kelseniana de la eficacia, pues aunque no se comulga con dicha idea, es muy enriquecedora la forma en que Kelsen aprecia a la eficacia desde un punto de vista externo a la norma e inherente a la conducta o comportamiento del sujeto normativo.

Si se acepta que la eficacia significa que los hombres “efectivamente” se comportan como lo establecen las normas, y que la afirmación de que el derecho es eficaz significa que el comportamiento de los hombres se ajusta a las normas jurídicas, se está reconociendo de por sí, que la eficacia deriva del mandato que contenga la norma jurídica y si bien es cierto el sujeto normativo puede acoplarse

⁷⁷ Di Lucia, Paolo, *Op. Cit.*, Pág. 81

voluntaria u obligadamente al contenido de la norma, esto sólo es posible porque la norma jurídica al buscar un determinado fin debe prever los efectos, tanto del cumplimiento como del incumplimiento, y el hecho de que el sujeto normativo se adecue al contenido de la norma sólo es porque la propia norma así lo establece, ya sea por conveniencia para el sujeto o por amenaza de resentir una sanción.

Debe recordarse que no existen comportamientos permitidos o prohibidos hasta en tanto la norma no prevé dicho efecto. Es muy cierto, como lo precisa Hans Kelsen, que tanto la validez como la eficacia se refieren a fenómenos del todo diferentes, sin embargo, ello no deviene del hecho de que la eficacia sea una cualidad del comportamiento del hombre, sino más bien, la validez se encuentra arraigada al aspecto formal de la norma (existencia), mientras que la eficacia trasciende al plano real o material de la norma (aplicación) y es precisamente en esta parte donde se encuentra con el comportamiento del sujeto normativo, pero la eficacia sigue siendo una cualidad identificada desde la norma y no inherente al comportamiento del sujeto en sí, sino provocado por el contenido normativo.

Puede ser que la discrepancia de este trabajo sea en el entendido de que Kelsen daba tres conceptos de eficacia. Uno como conformidad entre norma y acción; otro como operatividad de la norma sobre la acción; y el último como idoneidad de la norma para producir efectos⁷⁸. Mientras que las presentes líneas abordan la eficacia como consecución de los fines que se plantearon conseguir al crear la norma, y en esta visión se introduce tanto a la operatividad como a la conformidad. Pero la idoneidad, vista únicamente como la producción de efectos parece inocua de atender, pues la norma jurídica válida de por sí produce efectos, por lo que más bien, el verdadero sentido de esta investigación es descubrir si los efectos producidos son o no los proyectados por el ordenamiento, caso en el cual podrá descubrirse la eficacia o ineficacia de la norma.

⁷⁸ Cfr. Di Lucia Paolo, *Op. Cit.* Pág. 83.

Bajo esta óptica se aprecia que Kelsen dirige de forma desmesurada la atención de la eficacia hacia el sujeto, tal como lo percibe Paolo Di Lucia: “para Kelsen, es eficaz la norma *según* la cual el agente ha efectivamente actuado, independientemente de que haya actuado *por* la norma, es decir, independientemente de que la norma haya sido el móvil, el motivo de su acción.”⁷⁹ Pero resultaría casi reverencial aceptar tal postura doctrinal, pues la eficacia de la norma sí se dirige al comportamiento del sujeto, pero es porque la norma previene un contenido bajo el cual se espera un cierto comportamiento del sujeto (efecto), pero el hecho de que el sujeto se comporte de cierta forma, aún sin que dicho comportamiento se deba al contenido de la norma, no puede apreciarse ni remotamente como eficacia normativa.

Hay un aspecto importante que debe resaltarse de la postura de Kelsen, en el sentido de que al ordenamiento jurídico en sí mismo no le interesa cuál es la motivación que induce al sujeto para realizar el comportamiento contenido en la norma, puede ser que la cumpla por conveniencia, por temor a la sanción, por la previsión de un resultado adverso o benéfico, etc., pero finalmente, el efecto pretendido por la norma es que el sujeto se adecue al contenido de ésta para lograr así el fin dispuesto. Al respecto de esta característica señala Giuseppe Capograssi, citado por Di Lucia lo siguiente:

Es claro que el ordenamiento jurídico quiere que se ejecute aquello ordenado por el precepto...al ordenamiento no le interesan los motivos por los que realiza la ejecución. ¿Por qué no le interesa? No porque se quede en el exterior, en la llamada acción externa, en la exterioridad como se dice, sino porque lo que resulta esencial al ordenamiento, lo que realiza su objeto y su finalidad es, precisamente, la acción del sujeto, es decir, la continua y efectiva participación del sujeto en la formación de la experiencia jurídica. Al final el ordenamiento sólo quiere convertirse en experiencia, traducirse en experiencia.⁸⁰

⁷⁹ *Ibidem*, Pág. 85.

⁸⁰ *Ibidem*, Pág. 86.

De este modo, se puede concluir sin lugar a dudas que la eficacia busca que el sujeto ajuste su comportamiento a la norma para que se consigan los fines del ordenamiento jurídico, sin que importe cuáles fueron las motivaciones del sujeto para adecuarse al contenido, ya sea que se haya conseguido espontáneamente o no el cumplimiento.

Otro punto de vista distinto al de Kelsen, pero no por ello menos importante e interesante es el de Max Weber, para quien puede existir eficacia del ordenamiento sin que exista la ejecución del comportamiento contenido en la norma jurídica:

Es posible “orientar” nuestro propio actuar según la validez de un ordenamiento no sólo “observando” su sentido (el sentido que medianamente tiene). También en el caso de la “elusión” o de la “infracción” del sentido (que éste medianamente tiene), puede operar el *chance* de su validez (como norma vigente), y ello de forma puramente racional ante la finalidad. El ladrón orienta su actuación en función de la ley penal, cuando es cuidadoso.⁸¹

Comencemos por dar por sentado que Weber se refiere a eficacia de la norma al mencionar validez, y ello lo podemos deducir del hecho que afirma que se puede actuar según la “validez” de un ordenamiento, en realidad se actúa por la eficacia que tal norma jurídica tenga, presupuesta su validez por su puesto. Pero lo verdaderamente interesante es la visión que hace del “cumplimiento” del fin que busca el ordenamiento, pues precisa que aún en la elusión o infracción opera la finalidad de la norma jurídica, lo cual podría ser de algún modo comprensible, pero no por ello del todo cierto.

El ejemplo del ladrón que furtivamente realiza el robo para cuidarse del castigo no significa que se esté cumpliendo el fin de la norma jurídica, que pudiera ser inhibir el robo mediante la amenaza del castigo (sanción), sino más bien, el

⁸¹ Cfr. Max Weber, Über einige Kategorien der verstehenden Sociologie, en *Logos Internazionale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, 4, 1913, Pp. 253-293. Así citado por Di Lucia Paolo, *Op. Cit.*, Pág. 95.

ladrón evade el cumplimiento de la norma y la aplicación de la sanción. Por lo tanto, se coloca en una posición donde no es cumplida la norma, pero tampoco exista posibilidad de ser aplicada (mediante la sanción que pudiera llegar a imponer la autoridad encargada de hacerlo).

Lo que se considera inevitablemente cierto, es que la norma jurídica hace que el sujeto normativo no actúe de manera desinhibida ante el incumplimiento de la norma y con ello deba cuidar su comportamiento para no ser descubierta su infracción, es decir, en este aspecto se utiliza la norma como medida disuasiva. Lo cual, de algún modo, hace que en el plano fáctico o real del comportamiento del sujeto sea desalentado su incumplimiento descomunal de normas jurídicas, y por lo tanto tenga que ajustarse a las más posibles, evitando ser sancionado por sus infracciones, pero esto de ningún modo podría ligarse a la eficacia de la norma, ni siquiera con una eficacia indirecta.

Podemos seguir adelante con el concepto de eficacia, comprendiendo que ésta se traduce como la adecuación de la conducta del sujeto normativo al contenido de la norma jurídica, ya sea voluntaria o coactivamente por medio de la sanción, pero siempre con la mirada puesta en la obtención de un fin previsto por el ordenamiento jurídico al cual pertenece la norma.

Pero, dentro de la eficacia se pueden distinguir dos aspectos, a los que se denominan en este trabajo: formal y material. Para ello se cita lo precisado por Liborio Hierro:

Parece conveniente, como paso previo, recordar los muy diversos sentidos en que el término “eficacia” se utiliza en las ciencias jurídicas, así como en la teoría y en la filosofía del Derecho...Hay, en el uso del término, una marcada ambigüedad que obliga a distinguir, de entrada, entre dos sentidos muy distintos: el primero es de la “eficacia” de las normas jurídicas como su capacidad para producir efectos jurídicos; el segundo es el de la eficacia de las normas jurídicas para motivar, de hecho, la conducta de sus destinatarios y, en defecto de ello, para ocasionar sobre la situación

de los destinatarios los efectos que la misma norma u otras normas asociadas a ella, prevén para el caso de incumplimiento, efectos que básicamente pueden consistir en la nulidad, la reparación y la sanción. En este segundo sentido la idea de “eficacia” alude o bien al “cumplimiento” de la norma por sus destinatarios o bien a la “aplicación” de la norma incumplida sobre sus destinatarios.⁸²

Así, el sentido formal de la eficacia “se produce en el plano normativo y no depende de ninguna realidad fáctica,”⁸³ esta eficacia formal se enfoca a la norma en sí, y está referida más al contenido que al cumplimiento o aplicación, incluso podría confundirse con validez, pero se distingue en razón de que la eficacia formal se dirige a tratar de conseguir el mejor contenido normativo para lograr que, una vez cumplida o aplicada la norma, se llegue al objetivo deseado, mientras que la validez se enfoca a que la norma sea creada de acuerdo al proceso previsto por la norma fundante.

Puede verse como ejemplo de eficacia formal el hecho de que sea determinada una sanción para el caso de incumplimiento, pues de lo contrario, en caso de no existir prevista una sanción y de ser incumplida la norma, se estaría ante una ineficacia formal, ya que no podría trascender al campo real de aplicación por la falta de coacción para lograr el cumplimiento.

No se comparte la idea del autor al referir que, en este sentido de eficacia formal, “una norma es jurídicamente eficaz cuando ha satisfecho ciertas condiciones que regulan su producción, el momento de su entrada en vigor, su conformidad con otras normas y no ha sido derogada, es decir, algo muy parecido a afirmar que la norma es válida en el sistema.”⁸⁴ Esto es justamente referirse a la validez de la norma y no a la eficacia, por ello la importancia de distinguir que, aunque la eficacia formal sea abordada desde la norma, ello no implica que se dirija a los mismos elementos que rigen a la validez, ya que la atención que sigue a la eficacia formal

⁸² Hierro, Liborio L., *Op. Cit.*, Págs. 73 y 74.

⁸³ *Ibidem*, Pág. 75.

⁸⁴ *Ídem*. Pág. 76.

es sobre el contenido de las normas jurídicas, con el fin de lograr que en el plano fáctico de aplicación se logren los fines perseguidos por el ordenamiento.

Pero por otro lado, sí se comparte el concepto de eficacia material o real al que alude Liborio Hierro y reza:

“una norma jurídica es eficaz, si la acción que la norma prescribe es, en la realidad, la acción que realizan los destinatarios de la norma...constatar que se produce una *correspondencia* entre la conducta real de ciertos sujetos y la conducta que una norma, dirigida a ellos, establece como prescrita (obligatoria o prohibida).”⁸⁵

Con este concepto de eficacia material podemos pasar ya al plano de aplicación fáctica de la norma jurídica, donde se constata si el sujeto normativo cumple o no con la conducta o comportamiento prescrito por la norma y una vez constatado dicho cumplimiento (o incumplimiento) puede analizarse si el resultado previsto por el ordenamiento jurídico fue logrado o no. De este modo la correspondencia de la conducta prevista en la norma con la conducta desplegada por el sujeto normativo puede ser coincidencia o propiamente cumplimiento.

Habría que distinguir entre dos grandes formas de correspondencia; la que se produce sin que el sujeto tenga en cuenta la norma, incluso desconociéndola, y por ello por cualquier motivo o razón del que no forma parte la norma, ya la que se produce cuando la norma es, en algún modo, motivo, razón o parte del motivo o razón por la que el sujeto sigue la conducta prescrita en ella. A la primera situación podríamos llamarla coincidencia y a la segunda propiamente cumplimiento.⁸⁶

La correspondencia por coincidencia no puede identificarse como eficacia del ordenamiento o de la norma jurídica, sino como alguna casualidad, mientras que la correspondencia por el cumplimiento, ya sea espontáneo o mediante la coacción, si es parte de la eficacia de la norma jurídica y resultará “eficaz o ineficaz dependiendo

⁸⁵ *Ibidem*, Págs. 77 y 78.

⁸⁶ *Ibidem*, Pág. 79.

de que corresponda o no corresponda a un comportamiento efectivo.”⁸⁷ Esta cita de Paolo Di Lucia comienza a dar la base doctrinaria de que la efectividad es parte de la eficacia, o cuando menos se encuentra íntimamente vinculada.

Dentro del concepto de eficacia de la norma jurídica emergen dos elementos bajo los cuales se debe enfocar a la eficacia normativa, y son precisamente la obediencia y la aplicación, pues “todo orden jurídico buscará antes la obediencia que la aplicación. Es decir, buscará que espontáneamente los destinatarios se comporten de acuerdo a la norma y, sólo si no ocurre así, en segunda instancia, se buscará la aplicación,”⁸⁸ pero para que los sujetos normativos cumplan de forma voluntaria el contenido de la norma tienen que reconocerla y aceptarla, o cuando menos respetarla, no obstante que sea por temor a la sanción, de lo contrario, el cumplimiento de la norma tendrá que ser mediante la aplicación.

Pero estos dos puntos que han sido tratados, o sea, el reconocimiento del contenido normativo por parte del sujeto normativo y la aplicación por parte de las autoridades, también son elementos característicos de la efectividad, lo cual hace suponer que se está llegando a la frontera del término eficacia con el de efectividad.

En este trabajo se abordará el tema de la efectividad con mucho cuidado, ya que en la más de las veces los autores confunden o asemejan a la efectividad con la eficacia, incluso algunos ni siquiera la contemplan.

Los términos de eficacia y validez son de por sí confusos en el lenguaje común y es que se les da como acepciones la “capacidad de lograr el efecto que se desea o espera; realidad o validez.”⁸⁹ De ahí que sean asimilados como simple eficacia de la norma jurídica, pero ciertos autores, con quienes compartimos la idea, aducen ciertas diferencias que vuelven importante distinguir entre eficacia y efectividad.

⁸⁷ Di Lucia Paolo, *Op. Cit.*, Pág. 85.

⁸⁸ Bonifaz Alfonso, Leticia, *Op. Cit.* Pág. 69.

⁸⁹ Diccionario de la Real Academia Española, consultado en su versión electrónica en línea el día 22 de marzo del año 2014 mediante el link:
www.lema.rae.es/drae/?val=efectividad

Para Juan R. Capella, citado por Héctor Omar García, la “efectividad implica el reconocimiento real de la norma como tal por parte de sus destinatarios y su real aplicación”⁹⁰. Mientras que para Díez Picazo, igualmente citado por Héctor García, la efectividad depende de dos factores: “que los destinatarios adopten las conductas que la norma dispone (la espontánea absorción de la norma por la vida social) y que la norma sea de hecho aplicada por los jueces y órganos de aplicación en general”⁹¹. Será por estas características de realidad en la aplicación o del cumplimiento espontáneo, que para Aldo Visalberghi “una norma es efectiva si, y sólo si, es efectivamente ejecutada, o si su inejecución da lugar a una sanción... efectividad significa verdad.”⁹²

Es obligado hacer un espacio para puntualizar ciertos aspectos de la efectividad. Se puede apreciar que, a diferencia de la eficacia, la efectividad es una liga directa que une a la norma jurídica con el comportamiento real que despliega el sujeto ante la norma, es decir, mientras la eficacia se ve como prescripción del contenido normativo, la efectividad es el resultado real que se consigue con dicha previsión normativa. Dicho de otro modo, si la norma jurídica en realidad se cumple o se aplica resulta entonces ser efectiva, y además eficaz, pues concuerda la realidad fáctica con la previsión del contenido de la norma.

Otro punto importante, es que el cumplimiento efectivo de la norma se provoca desde la misma absorción de la norma jurídica por parte del sujeto normativo, o bien, mediante la aplicación coactiva de tal norma a través de las autoridades previstas para ello. Incluso, “el principio de legitimidad se encuentra limitado por el principio de efectividad, ya que la existencia o validez de la norma jurídica debe ser la conexión con su aplicación efectiva y si el ordenamiento no es en efecto aplicado, la validez queda condicionada por la efectividad.”⁹³ No tendría

⁹⁰ García, Héctor Omar, *Op. Cit.*, Pág. 2.

⁹¹ *Ídem*.

⁹² Di Lucia Paolo, *Op. Cit.*, Pág. 88 y 89.

⁹³ Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, Pág. 219.

razón de ser un ordenamiento jurídico válido, vigente y eficaz (formal y material) si en realidad no se cumple y tampoco se aplica. Este criterio es sostenido en consonancia con Gustav Radbruch:

Estima que la eficacia afecta a la validez, ya que este autor dice que un imperativo jurídico de la sociedad o del estado sólo puede ser considerado “derecho vigente” cuando no está “meramente en el papel”, sino que se ha convertido en una regla de vida, aunque algunas veces sea violado por actos contrarios.⁹⁴

No es un impedimento el hecho de que el autor se refiera a la validez, pues como se adelantó líneas antes, la eficacia es un vínculo directo con la efectividad, de ahí que si no existe una aplicación o cumplimiento real de la norma jurídica, esta será simplemente una enunciación de papel.

Hasta aquí podemos concluir que la efectividad es un vínculo indisoluble de la eficacia, pues mientras la eficacia formal se dirige a obtener ciertos fines planteados en el ordenamiento jurídico y la eficacia material se dirige a la prescripción del contenido que guiará el comportamiento del sujeto normativo, la efectividad es la aplicación o cumplimiento real y práctico mediante el cual se materializa el contenido de la norma.

Es decir, mediante la efectividad puede apreciarse cuando la norma surte plenamente sus efectos, pues el sujeto se adhiere realmente al contenido especificado en la prescripción, esto es, cuando el sujeto normativo cumple espontáneamente o bien, cuando es compelido a cumplirla mediante su aplicación coactiva, pero en ambos casos, la norma jurídica trasciende de un plano formal a uno material que cobra vida e influye pragmáticamente en la vida del sujeto normativo.

⁹⁴ Citado así por Bonifaz Alfonso, Leticia, *Op. Cit.*, Pág. 22.

La efectividad da vida al derecho en el mundo real, en el mundo de acción del hombre, pues la norma jurídica deja de estar limitada al papel y rige la vida de las personas en sus entornos. Precisamente esta característica de la norma jurídica es el vínculo entre un plano formal y estero del orden jurídico hacia un plano pragmático y palpable, en el cual, el sujeto normativo ve influenciada su conducta a través de las normas de las diversas legislaciones.

Por otro lado, el concepto de eficiencia es traído de las disciplinas económicas, y puede ser útil para conocer cuándo el cumplimiento de la norma es más oneroso y la posibilidad de reducir costes.

Peter Drucker, citado por Héctor Omar García, señala que de acuerdo a las teorías económicas, “eficiencia significa la superación del nivel actual de rendimiento concentrando la atención en los costos”⁹⁵, por lo tanto, la eficiencia normativa se puede relacionar “con los costos relativos que la norma entraña en comparación con otras posibles opciones normativas y dentro de un determinado sistema.”⁹⁶

El concepto de eficiencia de las normas se encuentra ligado en buena medida a la efectividad, pues entre menos costo implique el cumplimiento de la norma será más propensa a que el sujeto normativo se adecue a su contenido, y aunque no sea siempre así, sí se supone más ventaja cumplir una norma que no conlleva costo frente a otra que sí lo tiene.

De tal modo, la eficiencia supone conseguir los resultados pretendidos con los mínimos costos posibles, de ahí la necesidad de que las normas jurídicas se confeccionen tomando en consideración los menores costos posibles para que el sujeto normativo pueda cumplirla sin tener que erogar recursos económicos o de algún otro tipo, pues de lo contrario implicaría el encarecimiento de su vida so pena del cumplimiento de la norma jurídica.

⁹⁵ García, Héctor Omar, *Op. Cit.*, Pág. 2.

⁹⁶ *Ídem.*

De este modo puede concluirse que la eficiencia de las normas conlleva que su cumplimiento no acarree un gasto para el sujeto normativo, o bien, que el gasto o esfuerzo para el cumplimiento de la norma sea el menor posible, siempre y cuando se consigan los objetivos planteados. Dicho de otro modo, la eficiencia conlleva que el contenido de las normas dispongan los menos costos posibles para el cumplimiento de las normas y de los fines propuestos por los ordenamientos, llegar al fin propuesto con el menor costo posible.

Los tres conceptos hasta ahora analizados, es decir, eficacia, efectividad y eficiencia dan a su vez paso a una cuarta conceptualización que aglutina y relaciona estos conceptos entre sí, dicha conceptualización es la optimización de la norma.

1.5.1 Vaguedad, ambigüedad, antinomias y lagunas de las normas jurídicas

Antes de entrar al estudio de las normas óptimas, debe darse pauta para explicar los problemas a las antinomias, la vaguedad, la ambigüedad y las lagunas, pues todos estos problemas derivados de la estructura de las normas y de los ordenamientos pueden afectar el cumplimiento o aplicación de las normas jurídicas, con lo cual se impacta la eficacia y la efectividad de las mismas.

La vaguedad está dirigida a los significados que puede tomar el lenguaje con el cual se construyen las normas jurídicas. Una o más palabras pueden tener diversas o diferentes acepciones según el contexto en el que se apliquen o según el conjunto de palabras con que se encuentren relacionadas. De tal modo, “un predicado es vago siempre que la pregunta ¿A qué cosa se refiere? admita una respuesta dudosa.”⁹⁷ Así, el problema de vaguedad implica que las palabras a través de las cuales se conforman las normas se les puedan atribuir diversos y confusos significados, lo que provoca que se interpreten de variadas formas sin uniformidad específica.

⁹⁷ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, novena edición, Porrúa, México, 2011, Pág. 62.

El riesgo de las normas jurídicas vagas es la falta de certidumbre para su interpretación, que consecuentemente influyen en que el cumplimiento sea inexacto o que la aplicación sea equivocada, ya sea por el supuesto mediante el cual se aplica o por los efectos que se buscan conseguir con la norma aplicada. La discrecionalidad también es efecto de la vaguedad de las normas, lo cual complica la exacta aplicación o el exacto cumplimiento de la conducta prevista, y la discrecionalidad no sólo se limita a las autoridades encargadas de aplicar la norma, sino también incluye la decisión del propio sujeto normativo quien puede interpretar a su conveniencia el enunciado normativo vago.

La vaguedad de las expresiones usadas en el lenguaje de las fuentes hace que el intérprete, frente a un caso “marginal”; es decir, un caso que se encuentra en los márgenes del “argumento”, pueda decidir discrecionalmente si el supuesto de hecho en examen debe o no debe ser incluido en el campo de aplicación de las normas en cuestión.⁹⁸

Entonces, la vaguedad de los enunciados normativos da lugar a la discrecionalidad de su interpretación y por ende germina la incertidumbre de la aplicación y del cumplimiento de la norma jurídica, lo cual merma el sentido de seguridad jurídica que debe conseguirse a través del principio de legalidad, pues la discrecionalidad anula las reglas de aplicación estricta y vuelve opcional para el intérprete ajustarse a tal o cual modelo de interpretación.

Pero la vaguedad de las normas jurídicas puede reducirse o eliminarse, según sea el caso, a través de la prudente confección de los enunciados normativos con la utilización de términos claros y precisos, o bien, a través de la significación que se les asigne a términos imprecisos o que puedan llegar a ser riesgosamente vagos. Es decir, hay términos que por sí solos no presentan un significado único y claro, pero sí es posible que a través de otra norma o enunciado normativo se le puede dar significado o se proporcione la interpretación de lo que debe entender el

⁹⁸ *Ibidem*, Pág. 63.

sujeto normativo sobre tal o cual término en el contexto del ordenamiento donde se incluya.

Ahora bien, otra forma de afectación para la adecuada comprensión de las normas, además de la vaguedad, es la ambigüedad de los conceptos que conllevan sus enunciados. A manera de enunciación pueden mencionarse tres clasificaciones que propone Riccardo Guastini:

La ambigüedad semántica, es una propiedad no de la referencia, sino del sentido mismo de los predicados. Un predicado es ambiguo siempre que la pregunta “¿qué cosa se entiende?” admita una pluralidad de respuestas...La ambigüedad sintáctica depende no del significado de términos o sintagmas singulares, sino de la estructura lógica de los enunciados: en suma, del modo en el que las palabras están conectadas entre sí...(Por último la ambigüedad pragmática) un enunciado es pragmáticamente ambiguo cuando puede ser utilizado para cumplir diferentes actos del lenguaje, y en el contexto no queda claro qué acto lingüístico ha sido cumplido.⁹⁹

Esta manera de clasificar la ambigüedad ayuda a identificar de qué formas puede llegar a impactar en un predicado normativo, ya sea por la pluralidad de entendimiento que se le pueda dar a los conceptos de las normas, pero a diferencia de la vaguedad, la ambigüedad semántica se da cuando un concepto puede entenderse de formas variadas, mientras que en la vaguedad los significados pueden ser múltiples. Es decir, la ambigüedad es más amplia porque se dirige al entendimiento del concepto, mientras que la vaguedad es más reducida al referirse a significados que pueden sustituirse por otros.

La ambigüedad sintáctica se origina por la falta de coordinación e incluso por la falta de congruencia de las estructuras gramaticales con las cuales se forman los enunciados normativos, llegando a ser ambiguos cuando la relación de la estructura entre sí no guarda congruencia para su correcto entendimiento. Por último, el caso

⁹⁹ *Ibidem*, Págs. 63, 65 y 67.

de ambigüedad pragmática acontece cuando la norma no es clara sobre cuál es el tipo de conducta que espera del sujeto.

Por otro lado, en lo tocante a las lagunas, puede decirse que es la ausencia de norma aplicable a un supuesto en concreto. “Existe una laguna cuando no hay alguna norma que conecte una consecuencia jurídica cualquiera a un determinado supuesto de hecho, de modo que se producen controversias no susceptibles de solución alguna.”¹⁰⁰

Las lagunas no cobran tanta relevancia para los efectos de este trabajo, por lo tanto basta señalar que “una laguna, no puede ser colmada más que integrando el ordenamiento, o sea, añadiéndole una norma nueva (implícita), que conecta una determinada consecuencia jurídica a un supuesto de hecho no previsto.”¹⁰¹

Ahora bien, las antinomias sí son parte fundamental de la investigación, pues la colisión normativa que se genera con tal fenómeno coloca en serio estado de incertidumbre al sujeto normativo. Para explicar esto, partamos de la conceptualización que al respecto otorga Riccardo Guastini en relación a lo que debe comprenderse por antinomias:

1. Existe una antinomia siempre que dos normas conectan a un mismo supuesto de hecho dos consecuencias jurídicas diversas e incompatibles, de modo que se dan controversias susceptibles de solución conflictivas...a) en un sistema jurídico, existe una antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado de dos modos incompatibles en dos diversas normas pertenecientes al sistema, o b) en un sistema jurídico, existe una antinomia siempre que para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema...puede convenirse en que el sistema jurídico presenta una antinomia cada vez que un caso

¹⁰⁰ *Ibidem*, Pág. 68.

¹⁰¹ *Ibidem*, Pág. 69

concreto es susceptible de dos diversas y opuestas soluciones con base en normas presentes en el sistema.¹⁰²

Cualquiera de estas concepciones doctrinales hace evidente que la antinomia se presenta cuando existen normas contradictorias afines a un mismo supuesto normativo o a una misma conducta. Esta colisión de normas no es poca cosa, pues al sujeto normativo se le coloca en un dilema nada fácil de resolver.

Imagínese que a un sujeto obligado por determinada norma se le prohíbe cierta conducta y en caso de no acatar dicho comportamiento se le impone “x” sanción. Pero a la vez, otra norma jurídica le permite realizar esa misma conducta sin tener consecuencias al respecto, es decir, sin que se prevenga una sanción.

En este caso abstracto, el sujeto normativo sufriría seria incertidumbre sobre cuál de las dos normas jurídicas debe prevalecer y cuál comportamiento o conducta es la que debe desplegar, pues sería evidente para el sujeto que en su beneficio actuara conforme a la norma jurídica que le permite llevar a cabo la conducta sin ninguna consecuencia. Sin embargo, la existencia de la norma prohibitiva obligaría a la autoridad encargada de su aplicación, exigirle al sujeto normativo el cumplimiento forzoso del comportamiento previsto en la norma restrictiva.

Pero, además de tal dilema surge otro problema pues “una antinomia no puede ser resuelta más que negando la aplicación de una de las normas en conflicto: ya sea porque esté abrogada, o porque sea ilegítima (inválida),”¹⁰³ lo cual no puede resolverse ni por el sujeto normativo ni por la autoridad encargada de su aplicación, al menos no en forma definitiva, ya que los tribunales encargados de interpretar las leyes y declarar la inaplicación de las normas en última instancia, en el caso nacional, corresponde al Poder Judicial de la Federación.

¹⁰² *Ibidem*, Págs. 68 y 71.

¹⁰³ *Ibidem*, Pág. 69.

Por lo tanto, el tiempo que transcurre entre la aplicación forzosa de la norma y la resolución sobre la aplicación de tal o cual norma que prevalezca a la antinomia no puede ni debe ser en detrimento del sujeto normativo, pues éste se vale de una norma jurídica vigente y válida para adecuar su conducta. Por lo tanto, la existencia de antinomias y los efectos en la esfera jurídica del sujeto normativo son problemas que serán abordados en este trabajo.

Hasta aquí se deja por ahora el tema de la antinomia, sin embargo, en el capítulo tercero y cuarto será abordado con mayor atención pues constituye uno de los problemas más serios de la Ley para prevenir el lavado de dinero que se analiza como evidencia en este trabajo.

1.5.2 Conceptualización de las normas jurídicas óptimas

Antes de explicar el concepto de lo que debe entenderse en este trabajo de investigación como norma óptima, se aclara que nada tiene que ver con el concepto propuesto por José Juan Moreso sobre mundo jurídico óptimo (MJO) y al cual define como “aquel mundo posible en el cual todas las autoridades que crean normas (con apariencia de normas jurídicas) lo hacen en virtud de una norma previa que les autoriza a ello.”¹⁰⁴ El concepto propuesto por el autor se relaciona más con la validez y con la norma fundante, lo cual liga a su vez con el control de constitucionalidad, mientras que las normas óptimas son aquellas que logran conjuntar a la eficacia, la efectividad y a la eficiencia.

El concepto de óptimo puede entenderse como algo que es “sumamente bueno, que no puede ser mejor.”¹⁰⁵ Este significado da una idea de algo que no puede ser superado, lo cual se logra siempre y cuando la suma de requisitos o presupuestos de algo se conjugan para obtener el resultado perseguido. Sin

¹⁰⁴ Moreso, José Juan, *Normas jurídicas y estructura del Derecho*, Fontamara, México, 2002, Págs. 88 a 92.

¹⁰⁵ *Diccionario de la Real Academia Española*, consultado en su versión electrónica en línea el día 28 de marzo del año 2014 mediante el link: www.lema.rae.es/drae/?val=optimo

embargo, como concepto económico adquiere un enriquecimiento al entender como óptimo:

Es el mejor valor que pueda tomar una variable determinada en relación a un objetivo en particular, considerando los medios que tiene para alcanzar ese objetivo. Concepto acuñado por Wilfredo Pareto para designar una situación en que se ha alcanzado la mejor asignación de recursos posible: cualquier cambio produciría, en consecuencia, una posición inferior.¹⁰⁶

La referencia inmediata a la teoría económica hace entender que la suma de supuestos pretende aglutinarse de modo inmejorable para conseguir los objetivos deseados. Es decir, la conjunción de elementos logra la mejor opción posible para obtener los resultados pretendidos.

Este concepto llevado a la norma jurídica proporciona la idea de lograr la suma de elementos que conlleve la obtención de los resultados propuestos por la norma, así como por los ordenamientos de una forma inmejorable. Para ello, una norma jurídica debe ser eficaz, efectiva y eficiente, tal y como se explica en seguida.

Para que una norma sea eficaz, necesariamente deben conseguirse los fines planteados por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, dicha eficacia se logra, en el plano formal, con la redacción de un contenido idóneo de la norma, libre de ambigüedades y vaguedad, sin ser propensa a generar antinomias para que permita conocer claramente y sin lugar a dudas cuáles son los objetivos específicos que se pretenden conseguir con tal o cual legislación. Mientras que la eficacia material se logra cuando la norma jurídica, una vez cumplida, logra conseguir el objetivo planteado por el ordenamiento, es decir, que exista plena coincidencia entre el vínculo del cumplimiento y el fin propuesto.

¹⁰⁶ *Diccionario Economía, Administración, Finanzas, Marketing*, consultado en su versión electrónica en línea el día 3 de abril del año 2014 mediante el link: www.eco-finanzas.com/diccionario/O/OPTIMO.htm

Por otro lado, la efectividad se logra cuando el sujeto normativo cumple con el contenido de la norma voluntariamente, sea cual sea su motivación, o bien, cuando por el incumplimiento de la norma la autoridad la aplica de manera forzada y logra el cumplimiento coactivo de la prescripción normativa. Pero aquí es muy importante explicar el vínculo indisoluble entre la eficacia material y la efectividad, pues el cumplimiento de la norma jurídica por parte del sujeto normativo necesariamente debe dar como resultado el fin u objetivo planteado, de lo contrario, si aún cumpliéndose la prescripción normativa no se consigue el objetivo buscado, entonces puede hablarse de efectividad por el cumplimiento, pero de ineficacia por no llegar al resultado deseado.

Por último, el contenido de la norma jurídica y consecuentemente su cumplimiento debe plantearse a través de los medios que conlleven los menos costos posibles para obtener los fines buscados, a fin de alentar la eficiencia de las normas. Pues de lo contrario, en caso de que una norma encarezca de forma innecesaria su cumplimiento, existiendo otros medios a través de los cuales se consiga el mismo o mejores resultados, traerá como consecuencia que sea una norma ineficiente y se corra el riesgo de ser inefectiva por el incumplimiento del sujeto normativo al tratar de evitarse costos que encarezcan su vida, no obstante que pudiera llegar a ser eficaz si se cumpliera.

Así las cosas, cuando se refiera dentro de este trabajo a normas óptimas deben entenderse que son aquellas normas jurídicas que cumplen con la suma de elementos de eficacia, efectividad y eficiencia, por lo tanto, al cumplir con todos ellos se traducen en normas inmejorables para conseguir los resultados que se plantean dentro de los ordenamientos jurídicos. Por el contrario, cuando alguna norma jurídica adolezca de cualquier elemento de eficacia, efectividad o eficiencia se estará frente a una norma no óptima.

No se incluye dentro de los elementos de las normas óptimas a la validez ni a la vigencia, no porque *per se* no sean elementos propios de las normas óptimas, sino más bien, porque tanto la validez como la vigencia se entienden como presupuestos indispensables a todas las normas jurídicas, de ahí que en este

trabajo de investigación se parte del entendido que las normas jurídicas deben ser válidas y vigentes para poder dar paso al análisis de la eficacia, la efectividad y la eficiencia, por ello, hablar de normas óptimas es presuponer que las normas son válidas y vigentes.

Hasta aquí se han analizado los conceptos básicos relacionados con las normas jurídicas, no obstante se recomienda revisar el **anexo 1** en el apéndice de este trabajo, mediante el cual se explica sinópticamente los principales conceptos abordados en este primer capítulo, y contribuirá a su mejor comprensión.

Asimismo, estos conceptos contribuirán al análisis de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita la cual tiene problemas de ineficacia, ineffectividad e ineficiencia, lo cual hará notable la existencia de normas no óptimas y sus efectos o trascendencia en la esfera jurídica del sujeto normativo. Pero antes, se abordará a continuación el marco legal útil para el desarrollo de la investigación.

CAPÍTULO 2

Marco normativo para analizar normas no óptimas en la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita

2. Marco normativo de referencia para la investigación

Este capítulo tiene como finalidad definir los ordenamientos legales que servirán colateralmente al análisis de las normas no óptimas que serán materia de atención en el próximo capítulo. Es decir, dentro de este apartado de la investigación se incluirán los preceptos que de alguna forma tienen relación con el análisis de las normas no óptimas que se encuentran contenidas en la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Se aclara desde este momento que no serán analizados los artículos, al menos no todos ellos, que forman parte de la ley antilavado, únicamente servirán ciertos preceptos que impactan y tienen relación con las normas que no son óptimas. De igual modo, serán incluidos preceptos de la constitución federal y de ciertos tratados internacionales que contribuyen al análisis de las normas no óptimas.

Para facilitar la comprensión del marco normativo se iniciará con el estudio de los preceptos constitucionales, posteriormente con los tratados internacionales para concluir con la legislación interna, todo lo cual coadyuvará a la comprensión de las normas no óptimas que se explican en el siguiente capítulo.

Establecido lo anterior, resulta prioritario comenzar con el análisis del cuerpo normativo constitucional y en especial con el contenido de los artículos 1, 14, 16 y 133. Considerando que a partir de estos preceptos se puede iniciar la cadena de protección constitucional que sea útil en casos de aplicación de normas no óptimas, las cuales pueden volverse transgresoras de la garantía de certidumbre jurídica del sujeto y en escalada de otros derechos humanos.

2.1 El nuevo paradigma constitucional en materia de Derechos Humanos

El diez de junio del año dos mil once se publicó en el diario oficial de la federación el decreto de reformas por medio del cual se reformaron diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Derechos Humanos. Esta reforma constitucional trajo consigo, entre otras novedades, el reconocimiento dentro del texto constitucional de los derechos humanos, y no significa que antes de la reforma no se protegieran o no se reconocieran tales derechos, sino más bien significa que a partir de la reforma se da apertura al reconocimiento no sólo de aquellos que se encuentran consignados en la Constitución, sino también los contenidos en tratados internacionales de los cuales México sea parte.

Entonces, como bien lo define Miguel Carbonell, la constitución dio paso al derecho internacional asumiendo una postura cosmopolita:

A partir de la reforma se reconoce que toda persona “goza” de los derechos y de los mecanismos de garantía reconocidos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales. La Constitución se abre de forma clara y contundente al derecho internacional de los derechos humanos, demostrando de esa manera una vocación cosmopolita muy apreciable.¹⁰⁷

De este modo, el reconocimiento de los derechos humanos incluidos en cualquier tratado internacional suscrito por México, concede la oportunidad a todas las personas para que los hagan valer en su favor bajo el principio pro persona, que igualmente se introdujo en el segundo párrafo del artículo primero de la Constitución Federal. Por lo tanto, se piensa con suficiente razón que la forma en que la constitución se abrió al derecho internacional contribuye a romper con las fronteras internacionales del derecho, al menos por cuanto se refiere a los derechos humanos, ya que la construcción normativa que se incluye en la reforma parte de la universalidad de los derechos humanos y el compromiso de los Estados para su protección.

Antes de adentrarse en el análisis de los preceptos constitucionales importantes para este trabajo, es dable aclarar que sólo para efectos de esta investigación se hará referencia a los derechos humanos y a los derechos fundamentales asemejando los conceptos, no obstante que doctrinariamente existan diferencias. Sin embargo, es primordial resaltar que no es materia de esta

¹⁰⁷ CARBONELL, Miguel. *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: Principales novedades*. Artículo de opinión recuperado del sitio oficial de Miguel Carbonell, versión electrónica, formato HTML, fecha de consulta 13 de septiembre de 2013, disponible en: <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>.

investigación distinguir el concepto de unos y otros, y mucho menos de realizar algún análisis al respecto de sus conceptualizaciones. Por lo tanto, si bien la denominación de derechos humanos resulta incluida en la constitución a partir de la reforma, lo cual da un sentido novedoso al término, no menos cierto resulta que el concepto de derechos fundamentales sería más adecuado.

Lo anterior se piensa de tal modo, ya que los derechos fundamentales son precisamente esas prerrogativas básicas que se encuentran positivadas y es a partir de las cuales el Estado permite las condiciones mínimas vitales para el desarrollo de las personas y como lo precisa Miguel Carbonell, tal distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales son cuestiones doctrinales.

A partir de la reforma se llama “De los derechos humanos y sus garantías”. La expresión derechos humanos es mucho más moderna que la de garantías individuales y es la que se suele utilizar en el ámbito del derecho internacional, si bien es cierto que lo más pertinente desde un punto de vista doctrinal hubiera sido adoptar la denominación de “derechos fundamentales”.¹⁰⁸

Lo verdaderamente importante para esta investigación, más allá de clasificar o distinguir la idoneidad de denominar derechos humanos o derechos fundamentales, es que el texto constitucional a partir de la reforma del diez de junio del año dos mil once abrió la oportunidad al reconocimiento y protección de cualquier derecho humano contemplado en el derecho interno, así como en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte, con lo cual se obtiene una gama más amplia de reconocimiento y protección para beneficio del sujeto normativo.

A continuación resulta propicio comenzar con el análisis de los artículos constitucionales que serán base primordial en el estudio de las normas no óptimas que se atenderán en el capítulo tres de este trabajo.

¹⁰⁸ *Ídem.*

2.1.1 Artículo 1º. De los Derechos Humanos en los tratados internacionales, del principio pro persona y de los deberes del Estado

Dentro de este sub apartado serán tres los temas a tratar. Por un lado se puntualizará la inclusión del reconocimiento de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales. También se dará entrada al análisis del principio pro persona, pues éste principio será a su vez piedra angular del principio de no afectación que se incluye en el cuarto capítulo como una de las propuestas resultantes de la investigación y finalmente se abordarán los deberes que tienen las autoridades en materia de derechos humanos, incluido el control de convencionalidad que deben ejercer para garantizar la protección más amplia en pro de los derechos humanos de las personas.

Ahora bien, por cuestiones de método, resulta de utilidad y sirve para ilustrar la exposición que más adelante se desarrolla incluir un cuadro comparativo en el cual se pueda apreciar el texto del artículo primero constitucional antes de la reforma, así como el texto del mismo artículo pero posterior de la reforma del diez de junio del año dos mil once, ya que de esta comparación podrá tenerse en cuenta el carácter evolutivo que da esta reforma a la Constitución y con ello también se logrará explicar la sinergia que genera con el cambio de paradigma.

Así entonces, léase a continuación dentro del cuadro comparativo¹⁰⁹ el texto del artículo primero, antes y después de la reforma, haciendo especial aclaración que para efectos prácticos únicamente se transcribe la parte sustancial relacionada a derechos humanos que interesa para los fines de este trabajo:

¹⁰⁹ Cuadro de elaboración propia con información de las reformas a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, recuperado del sitio oficial de la Cámara de Diputados federal, versión electrónica, formatos PDF y HTML, fecha de consulta 13 de septiembre de 2013, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

<p align="center">TEXTO CONSTITUCIONAL ANTERIOR A LA REFORMA</p> <p align="center">Publicada en el diario oficial de la federación el 10 de junio del año 2011</p>	<p align="center">TEXTO CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA REFORMA</p> <p align="center">Publicada en el diario oficial de la federación el 10 de junio del año 2011</p>
<p>Art. 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.</p> <p>Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.</p> <p>Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.</p>	<p>Art. 1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.</p> <p>Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.</p> <p>Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.</p>

	<p>Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.</p> <p>Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.</p>
--	---

El texto del artículo primero antes de la reforma establecía que todos los individuos gozaban de las garantías otorgadas por la Constitución, sin embargo, el texto reformado es mucho más enriquecido y reconoce como prerrogativas fundamentales los derechos humanos que se encuentran contemplados en el propio texto constitucional, así como aquellos derechos humanos incluidos en cualquier tratado internacional de que México sea parte.

Ahora bien, al señalar en esta investigación a los derechos humanos como prerrogativas fundamentales se hace con la intención de ampliar aún más el espectro de acción y protección que tiene el sujeto frente a los embates de los actos de autoridad que puedan afectar los derechos humanos de las personas. Pues se considera que no deben limitarse a la conceptualización de que derechos humanos sólo son aquellos primordiales como la vida, la libertad, el tránsito, la expresión, la asociación, etc., también debe incluirse en ésta clase de derechos los fundamentales y toda clase de pactos o acuerdos que los Estados celebran y que de alguna forma conceden algún beneficio a las personas, tal y como sucede con el

uso de dinero en efectivo que más adelante será abordado al tratar los instrumentos internacionales.

Entonces, se puede apreciar que esta reforma al texto constitucional concede una oportunidad invariablemente mayor y debe ser interpretada con la mayor amplitud posible a favor de los derechos humanos que pueden ser atribuidos a una persona, incluso aquellos derechos que se pacten en instrumentos internacionales que concedan de alguna forma un beneficio o prerrogativa a las personas, pues ellos forman o deben formar parte de una red de derechos fundamentales incuestionables a favor del ser humano, unidos todos a la vez por la garantía de certidumbre jurídica.

Por otro lado, es menester puntualizar que a pesar de la reforma se mantuvieron las garantías individuales, pero debe hacerse cierta distinción respecto a las garantías que son los medios para salvaguardar a los derechos humanos.

A diferencia de los derechos humanos, se considera que las garantías deben estar previstas ineludiblemente en la propia constitución, ya que a diferencia de los derechos humanos, si la garantía no se encuentra reconocida dentro de la propia norma constitucional no se podría acceder a su reconocimiento a través de un tratado internacional, ya que las garantías son principalmente un medio para proteger los derechos humanos y esto generalmente se actualiza en sede jurisdiccional mediante el ejercicio de un recurso o medio de impugnación, por lo cual, no podría hacerse uso de alguna garantía si previamente no está prevista en el texto constitucional, no obstante que tuviera previsión en algún tratado internacional.

Lo anterior se considera así por dos razones. Primero, porque los Derechos Humanos contienen aspectos sustanciales de carácter universal en favor de todas las personas, son derechos mínimos que tiene o debe tener todo ser humano para su desarrollo. Mientras que las garantías son medios de defensa que contienen aspectos adjetivos para la protección de esos derechos humanos; y las garantías

están constreñidas al derecho interno que en su caso cada nación contempla a favor de sus gobernados.

Así, mientras los derechos humanos son prerrogativas o permisiones con características de universalidad en su reconocimiento, las garantías son atinentes a cada nación por no tener propiamente esa característica de universalidad, sin que sea óbice que muchos países compartan garantías similares en pro de los derechos humanos y primordialmente se unifican en aquellas naciones que comparten sistemas de jurídicos similares.

El segundo motivo se refiere a la concepción ideológica de la que nacen los derechos humanos y las garantías individuales. Los primeros, es decir, los derechos humanos, parten de una postura más lusnaturalista, ya que el reconocimiento (positivación) de los derechos humanos no quita o no debería quitar el derecho que tiene cada persona a los derechos mínimos vitales, independientemente de que se encuentren positivados o no en algún ordenamiento. Pero las garantías son construcciones luspositivistas que hacen necesaria la prescripción normativa de cada garantía para que puedan nacer a la vida práctica en la aplicación del derecho, por lo tanto, si no existe previsión de cierta garantía en el sistema jurídico, no existiría posibilidad de que se pueda apelar a su aplicación y mucho menos que se pueda instar a su aplicación a favor de una persona, pues la garantía no es inherente a la persona sino al Derecho.

Para dar un tanto de claridad a lo expuesto anteriormente se pone como ejemplo el sistema jurídico Chino, en el cual:

Las leyes no constituyen el medio natural en la solución de controversias entre los hombres. La Ley puede tener una función útil al proponer modelos de conducta a los hombres o que formular amenazas contra quienes tuvieran una conducta antisocial, pero no por ello debe concluirse que la ley deba obedecerse a la letra; una gran discreción debe ser ejercida en su aplicación y en su ejecución. El ideal

consiste en que las leyes jamás deban ser aplicadas, y que los tribunales no tengan jamás que pronunciar resoluciones.¹¹⁰

Así, en China como en México el derecho humano a la vida puede gozar de protección por ser un derecho inherente al hombre, mientras que la garantía de legalidad puede ser que en el sistema jurídico chino no se contemple de la misma forma o incluso no se contemple, pues de acuerdo a su sistema jurídico pudiera ser que la legalidad no sea una cuestión primordial y por lo tanto la protección a la vida como derecho humano se proteja bajo garantías diferentes a las del sistema jurídico mexicano. Por lo tanto, no obstante que el derecho humano a la vida se contempla en ambos sistemas jurídicos, la garantía no necesariamente estará prevista en ambos sistemas, con lo cual se da cuenta de que los derechos humanos sí pueden ser ampliados a través del derecho internacional con los tratados internacionales, mientras que las garantías individuales no, porque necesariamente deben estar contempladas en el derecho interno.

Por otro lado, continuando con el análisis del artículo primero de la constitución, se aprecia que en el párrafo segundo se incluyó el principio *pro persona* o *pro homine*, el cual se basa en que la interpretación de las normas jurídicas relativas a los derechos humanos siempre deberá realizarse buscando el mayor beneficio en favor de las personas. Pero al respecto de este principio es muy importante señalar que no se traduce en una forma de propugnar con otros principios y mucho menos con la protección de otros derechos, pues de lo contrario se haría uso de un principio para disminuir o restar eficacia a otros principios o derechos, que si no afectan los derechos humanos de las personas, deben ser igualmente respetados.

¹¹⁰ DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, décima primera edición, edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero. UNAM-Centro Mexicano de Derecho Uniforme, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México, 2010, Pág. 388

Un ejemplo claro de los límites y funciones prácticas del principio pro persona que contempla este nuevo paradigma constitucional se advierte de la siguiente tesis aislada:

PRINCIPIO PRO HOMINE Y CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. NO PUGNAN. El nuevo paradigma, previsto en el artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, referente a que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de los que México es parte, de la forma que favorezca más ampliamente a las personas, no llega al extremo de inaplicar una figura procedimental prevista en los ordenamientos adjetivos correspondientes (a menos que sea lesiva al equilibrio y protección de las partes), como la de la caducidad de la instancia, pues ésta no coarta principios fundamentales como el de acceso a la justicia, sino impone plazos razonables para su prosecución que, sin duda alguna, es de gran importancia dentro del orden procesal, tendente a alcanzar la seguridad jurídica, ya que su finalidad es evitar que acciones judiciales puedan prolongarse indefinidamente en el tiempo, lo cual, obviamente, incidiría de forma negativa en el interés público. En otras palabras, el principio pro homine no persigue cobijar a toda costa a la persona, sino procurarle la mayor protección pero, sin desconocer otros principios también de gran entidad como, en el caso, el orden procesal.¹¹¹

De la lectura de tal criterio se observa que el principio pro persona de ninguna forma puede ser instrumento para coartar otros derechos, pues al contrario, es una forma de efficientar la interpretación de las normas, sin que el reconocimiento de este principio pueda reducir otros principios u otros derechos que son igualmente importantes.

Siguiendo con el análisis de la reforma al artículo primero constitucional, el párrafo tercero dispone que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los

¹¹¹ Tesis VIII.A.C.3 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, libro XI, agosto de 2012, p. 1931.

derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Esta disposición se entrelaza con el principio pro persona analizado con antelación, pues todas las autoridades en el ámbito de su respectiva competencia deben procurar el respeto de los derechos humanos en la forma que más beneficie a las personas.

Al respecto de esta relación existente entre el deber de las autoridades y el principio pro persona, la jurisprudencia emitida en la actual décima época por la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera lo siguiente:

PRINCIPIO PRO PERSONA O PRO HOMINE. FORMA EN QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES DEBEN DESEMPEÑAR SUS ATRIBUCIONES Y FACULTADES A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1º. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.

Si bien la reforma indicada implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos, así como con la interpretación más favorable a la persona al orden constitucional -principio pro persona o pro homine-, ello no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de llevar a cabo sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional -legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada-, ya que de hacerlo se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función.¹¹²

¹¹² Tesis 2a. LXXXII/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, libro XIV, noviembre de 2012, p. 1587.

Esta jurisprudencia deja claro que la función que las autoridades implica que la interpretación de las normas sea buscando la mayor protección posible a los derechos humanos de las personas pero sin que se desatiendan los diversos principios constitucionales y legales que rigen sus funciones como aplicadores del derecho, y no obstante que esta jurisprudencia se refiere a los órganos jurisdiccionales, se piensa que puede hacerse extensivo a todas las autoridades que tengan dentro de sus funciones o facultades la aplicación de normas jurídicas.

Por último, también el tercer párrafo del artículo primero constitucional previene una forma de control difuso que se entrelaza con el artículo 133 y obliga a todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias a la promoción, respeto, protección y a garantizar los derechos humanos de los gobernados. En relación a este punto cobra relevancia la eventual aplicación de normas jurídicas no óptimas, pues cuando la aplicación de éste tipo de normas acarrea la transgresión de derechos humanos y garantías, como sucede en el caso de la aplicación de las normas que se analizan en el siguiente capítulo, los sujetos normativos se ven vulnerados en su certidumbre jurídica y con ello se afecta el ejercicio de sus demás derechos fundamentales relacionados, como se verá más adelante.

Hasta aquí, podemos observar que la reforma del artículo primero constitucional abre la puerta a una nueva etapa en materia de Derechos Humanos, y como señala Miguel Carbonell, da pié a la apertura internacional en esta materia, al concebir como parte del reconocimiento supremo a tales instrumentos, que si bien antes de la reforma también formaban parte del orden jurídico nacional, no menos cierto es que la reforma dio entrada de manera mucho más clara y concisa al reconocimiento de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.

Por lo tanto, la inclusión de derechos humanos previstos en instrumentos internacionales debe apreciarse como una oportunidad para que las personas gocen de una gama más amplia de protección, pero a la vez debe tomarse como

una buena oportunidad para modificar el paradigma irrestricto de aplicación de las leyes, tal y como se atenderá a continuación.

2.1.2 Artículo 14 y 16. El principio de legalidad y debido proceso

Los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal son parte medular en el sistema jurídico nacional, pues a partir de la garantía de legalidad y debido proceso, se busca dar certidumbre a los sujetos normativos al constituir el límite al que debe constreñirse la actuación de las autoridades en relación con las normas que deban aplicar a las personas en el ámbito de sus respectivas funciones. Por lo tanto, se puede pensar que la certidumbre jurídica que nace de estos dos artículos garantiza a las personas que las reglas de actuación tanto para los gobernados como para las autoridades deben ser la base de acción para que cualquier autoridad pueda aplicarlas en el ámbito de su competencia.

En México cualquier autoridad que despliegue un acto de autoridad tiene la obligación de fundar y motivar su actuación, así como ceñirse a las reglas y formalidades esenciales que rijan el procedimiento donde ejerce sus facultades la autoridad. De tal modo, ambos artículos son principios cardinales dentro de la red de protección constitucional, pues son la fuente y sustento del límite de todo acto de autoridad.

No obstante lo anterior, el principio de legalidad y consecuentemente la aplicación estricta de la ley como límite y fundamento de los actos que ejercen las autoridades, se puede convertir en cerrazón cuando se trata de aplicación de normas no óptimas, pues tales normas no obstante que puedan servir como fundamento a los actos de autoridad por formar parte del derecho vigente, no implica que la fundamentación se colme por ese simple hecho. Caso en el cual deben inaplicarse las normas no óptimas, lo cual puede lograrse a través del control de convencionalidad, sin embargo más adelante se hará alusión a este tema.

Para dar paso al análisis de los mencionados artículos 14 y 16 de la constitución federal, resulta útil que se transcriba la parte que interesa a esta investigación de cada uno de los preceptos, para posteriormente realizar la reflexión correspondiente a cada norma fundamental y poder sentar las bases que rigen actualmente el paradigma de aplicación estricta de la ley.

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

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

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.¹¹³

Este precepto sienta las bases de la garantía de legalidad, la cual se conecta con la aplicación estricta de la ley. Es decir, las autoridades tienen el deber de actuar conforme y hasta donde les permita la legislación, sin embargo esta garantía puede volverse en contra de las personas ocasionalmente.

La mayor parte de las autoridades del país, con más frecuencia las que dependen del poder ejecutivo, tienen la práctica de aplicar la ley conforme se encuentra establecida en el ordenamiento, sin llevar a cabo una interpretación a favor de los gobernados, sino al contrario, la mayor parte de las ocasiones éste tipo

¹¹³ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 169ª edición, Ed. Porrúa, México 2013, artículo 14.

de autoridades juega el papel de contra parte del gobernado y aplica la legislación con un sentido estricto y sesgado que no se adecua al principio pro persona, sino más bien a los intereses del Estado, no obstante que estos intereses puedan perjudicar a las personas y siempre bajo el pretexto de que la actuación se funda en algún precepto de derecho.

Esta forma de actuación de la autoridad si bien es cierto tiene como fundamento el artículo 14 constitucional y forma parte del paradigma que aún prevalece con bastante fuerza, no menos cierto es que a partir de la reforma del diez de junio del año dos mil once, el paradigma debe ser gradualmente modificado para adoptar una aplicación de las normas relativas a derechos humanos conforme al principio pro persona, a fin de buscar una interpretación lo más favorable al individuo y no a los intereses del Estado como sucede en la actualidad, pero además, la interpretación pro persona no sólo debe dejarse al poder judicial, sino corresponde a todas las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias, teniendo el deber de transformar el modelo actual de aplicación estricta de las normas hacia un nuevo modelo pro persona.

Así las cosas, el principio de legalidad que ha comulgado durante varias decenas de años con la aplicación estricta de la ley por parte de la autoridad, debe tomar un vuelco que contribuya a dar más protección y beneficios a la persona cuando se trata de normas que contemplen derechos humanos para cambiar el paradigma actual a un paradigma que fomente la más amplia protección de los derechos fundamentales de las personas, aún por encima de los intereses del Estado.

En orden a lo mencionado, se puede observar que el artículo 14 constitucional aún cuando está formulado como una garantía a favor de las personas para tener la certidumbre de los fundamentos de derecho en los cuales se apoya la autoridad para ejercer cualquier acto, ocasionalmente se transforma en un pretexto para aplicar normas que, aún cuando transgredan los derechos de los individuos como sucede en el caso de las normas no óptimas, sirven de fundamento

a los actos de autoridad, lo cual se convierte de una garantía para el gobernado a un pretexto útil para los intereses de la autoridad y del Estado.

Pero además, esta garantía contenida en el artículo 14 se relaciona con la garantía de sujeción a las formalidades esenciales del procedimiento, que se contempla en el artículo 16 constitucional. El artículo 16 de la Constitución Federal tiene una gama bastante amplia de ámbitos de aplicación y surte gran importancia en materia penal, ya que precisa las bases para tratar cuestiones relativas a las órdenes de aprehensión, al arraigo, la flagrancia y los casos urgentes en caso de detenciones y retenciones; también conceptualiza lo que debe comprenderse por delincuencia organizada.

Por otro lado, aborda temas relacionados con la inviolabilidad de comunicaciones privadas y de la correspondencia; sobre la intervención de comunicaciones y protección de datos personales, visitas domiciliarias y a partir de la reforma del mes de junio del año dos mil ocho se estatuye la figura del juez de control, dando pie al procedimiento penal inquisitorio u oral, como comúnmente se denomina.

Pero para efectos de este trabajo, resulta importante únicamente analizar el párrafo primero, relativo a la fundamentación y motivación ante los actos de molestia o privación que emitan las autoridades. Atendiendo al texto constitucional se observa la obligación de cualquier autoridad para ceñirse a ciertos requisitos ineludibles en sus decisiones, a continuación se incluye el primer párrafo del citado artículo 16:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento¹¹⁴.

¹¹⁴ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 169ª edición, Ed. Porrúa, México 2013, artículo 16.

Cualquier autoridad en la emisión de un acto debe estar primeramente facultada para emitir el acto. Es decir, la autoridad debe tener competencia (autorización legal) y cubierto tal requisito debe emitir por escrito su resolución mediante la cual ejerza un acto de molestia o privación en la esfera jurídica del justiciable. Además, dentro de la resolución (acto de autoridad) deberá concretizar exhaustivamente los fundamentos de derechos que apliquen al caso concreto, así como una motivación adecuada y detallada de las razones que guiaron a la autoridad en su decisión.

Los requisitos antes señalados dan claridad a la sinergia que existe entre el artículo 14 y 16, los cuales corresponden a la forma y al fondo en que deben expresarse todos los actos de autoridad. Así es como cobra relevancia la aplicación conjunta e interdependiente de ambos principios, legalidad y debido proceso.

Ahora bien, al respecto de las garantías analizadas en este apartado la jurisprudencia ha definido lo que debe entenderse por una adecuada fundamentación y motivación, lo cual ayudará a la reflexión que se hace más adelante, pero antes se transcribe un criterio que conceptualizará cada uno de los términos aludidos con antelación:

FUNDAMENTACION Y MOTIVACION.

La debida fundamentación y motivación legal, deben entenderse, por lo primero, la cita del precepto legal aplicable al caso, y por lo segundo, las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento.¹¹⁵

Partiendo desde un sentido estricto y formal, la fundamentación es la cita del precepto legal aplicable al caso en concreto. Pero esta fundamentación no solamente es de carácter formal, sino además obedece a un sentido sustancial que

¹¹⁵Tesis VI.2o. J/43., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t.III, marzo de 1996, p. 769.

es la adecuación del contenido de la norma al caso concreto que se va a resolver, pero además, con la reforma al artículo primero de la constitución en relación al principio pro persona, el juicio de subsunción debe tener un sentido protector lo más amplio posible a favor del individuo.

Entonces surge la interrogante, ¿Se colmaría la adecuada y completa fundamentación, así como el debido proceso legal cuando la fundamentación se basa en normas jurídicas no óptimas? Se considera que la aplicación de normas jurídicas no óptimas no podría colmar las exigencias contenidas en las garantías previstas en los artículos 14 y 16 de la constitución cuando como resultado de la aplicación y del juicio de subsunción que se realice a partir de tales normas no óptimas se transgreden cualquier clase de prerrogativas fundamentales de las persona o cuando de cualquier modo se pone en riesgo el ejercicio o el goce de sus derechos humanos.

Por lo tanto, para que las normas jurídicas adquieran la intención protectora que busca el principio pro persona, se tiene que acudir a una interpretación y estudio más exhaustivo de los efectos de las normas, ya sea en cuanto a su eficacia, efectividad o eficiencia, y si las normas incumplen con alguna de éstas características y en virtud de ello se contravienen derechos humanos, la fundamentación y motivación no se colma con la cita de preceptos legales y el juicio de subsunción que se realice a partir de éstas normas no óptimas será indebido, ya que el sentido sustancial de la protección a los derechos humanos no se cumpliría.

En razón de lo dicho hasta aquí puede llegarse a la conclusión de que el principio de legalidad, así como el debido proceso adquieren o deben adquirir una nueva forma de interpretación, pues no basta que se citen preceptos legales y se realice el juicio de subsunción para la aplicación de derecho vigente si éste incluye normas jurídicas no óptimas. El dogma sobre la aplicación estricta de la Ley debe transformarse en beneficio de los derechos humanos de las personas y cuando una norma jurídica no óptima pueda ser causa de violación de las prerrogativas fundamentales del individuo, las autoridades están obligadas a no aplicarlas,

ejerciendo en tal caso el control de convencionalidad, tal y como será analizado a continuación.

2.1.3 Artículo 1 y 133. El Control de Convencionalidad como Garantía de Protección de los Derechos Humanos

El artículo 133 de la Constitución Política establece el orden jerárquico de las normas jurídicas. Pero además, tiene una conexión indisoluble con el reformado artículo primero, pues se da lugar a un nuevo modelo en el control difuso de convencionalidad en materia de Derechos Humanos. Esta relación estrecha entre ambos artículos debe tomarse como una parte fundamental de la red de protección constitucional de los derechos humanos a favor de las personas.

Para poder comenzar con el análisis del precepto constitucional que ocupa la atención en este apartado, así como para poder reflexionar sobre el tema del control de convencionalidad, resulta prudente poder incluir el texto del artículo 133 y retomar el tercer párrafo del artículo primero al cual ya se hizo referencia al inicio, pero que por razones de orden y método se transcribe en conjunto a continuación:

Art. 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Artículo 1. ...

...

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.¹¹⁶

En primer lugar resulta referencia obligada saber la jerarquización de las leyes que dispone la Constitución en su artículo 133, pues tal precepto será el punto de partida para determinar el bloque de constitucionalidad¹¹⁷ al cual deberá ajustarse cualquier autoridad en materia de derechos humanos cuando se disponga resolver un asunto de su competencia.

Como se expuso al inicio de este capítulo, a partir de la reforma del diez de junio del año dos mil once publicada al día siguiente en el diario oficial de la federación, el paradigma de la protección a los derechos humanos se vio transformado con la intención de mantener una defensa más amplia a favor de las personas. Así, surgen dos conceptos obligados para esta investigación, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, los cuales no son de concepción novedosa, pero si han sido redefinidos a través del cambio de paradigma.

¹¹⁶ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 169ª edición, Ed. Porrúa, México 2013, artículo 1 y 133.

¹¹⁷ De acuerdo a la iniciativa del proyecto de decreto por el que se expide la ley reglamentaria del artículo 1º constitucional en materia de derechos humanos, consultada en su versión HTML dentro del portal electrónico oficial del partido verde ecologista, el día veinticinco de septiembre del año dos mil trece por medio del link:

<http://www.partidoverde.org.mx/pvem/2013/08/iniciativa-con-proyecto-de-decreto-por-el-que-se-expide-la-ley-reglamentaria-del-articulo-1-constitucional-en-materia-de-derechos-humanos-3/>

Se define en el artículo 3, fracción II como Bloque de constitucionalidad.- Cuerpo normativo de rango constitucional a que se refiere el artículo 1º de la Constitución, integrado por las normas relativas a los derechos humanos consagradas en la Constitución; los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; leyes secundarias; declaraciones de organismos internacionales; normas de derecho internacional; recomendaciones, observaciones y resoluciones de organismos o tribunales nacionales e internacionales, y cualquier otra fuente de derecho nacional o internacional, que constituye una unidad integral e indivisible.

Primero será útil distinguir entre control difuso y control concentrado, pues ambos tienen relación con el control de convencionalidad y con el control de constitucionalidad, pero la distinción radica sobre cuáles son las autoridades con las facultades para ejercerlos y cuáles son los medios a través de los cuales se ejerce. Para explicar esto se cita la tesis emitida dentro de la actual décima época, donde se definen las diferencias y finalidades de cada uno de los tipos de control:

CONTROL CONCENTRADO Y CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN. SUS DIFERENCIAS Y FINALIDAD DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en la tesis P. LXX/2011 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Tomo 1, diciembre de 2011, página 557, de rubro: "SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.", que actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control constitucional en el orden jurídico mexicano que son acordes con el modelo de control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos. 1. El control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control y, 2. El del resto de los Jueces del país en vía de desaplicación al resolver los procesos ordinarios en los que son competentes (difuso). Ambos determinan el alcance y forma de conducción de los juzgadores en el ejercicio de dichos controles constitucionales, pues al ser de naturaleza diversa las vías para materializarse, también lo serán sus principios y efectos. Así, tratándose del control concentrado que reside en los órganos del Poder Judicial de la Federación con las vías directas de control -acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto-, la pretensión elevada ante sus juzgadores es eminentemente constitucional, pues la finalidad de dichos procedimientos estriba en dilucidar si conforme al planteamiento jurídico que le es propuesto, la actuación de una autoridad o el contenido de un precepto se ajusta o no con las disposiciones que consagra la Carta Magna, en aras de la preservación del principio de supremacía constitucional. En cambio, el control que ejercen el resto de los Jueces del país, en los procesos ordinarios se constriñe a dilucidar el conflicto con base en los hechos, argumentaciones, pruebas y alegatos de las partes, dando cumplimiento a las garantías de audiencia, legalidad, debido proceso y acceso a la impartición de justicia. Es ahí donde el juzgador ordinario, al aplicar la norma, realiza el contraste

entre la disposición regulatoria y los derechos humanos que reconoce el orden jurídico nacional, por lo cual dicha reflexión no forma parte de la disputa entre las partes contendientes, sino que surge y obedece a la obligación que impone el control de constitucionalidad y de convencionalidad que consagra el artículo 1o. de la Carta Magna. Esto es así, porque los mandatos contenidos en el citado artículo deben entenderse en armonía con el diverso 133 constitucional para determinar el marco dentro del que debe realizarse dicho cometido, el cual resulta esencialmente diferente al control concentrado que tradicionalmente operó en nuestro sistema jurídico, y explica que en las vías indirectas de control, la pretensión o litis no puede consistir en aspectos de constitucionalidad, pues ello sería tanto como equiparar los procedimientos ordinarios que buscan impartir justicia entre los contendientes, a los diversos que fueron creados por el Poder Constituyente y el Poder Revisor de la Constitución con el propósito fundamental de resguardar el citado principio de supremacía constitucional.¹¹⁸

Esta tesis aislada, aun con su falta de obligatoriedad, es de trascendente importancia cuando menos doctrinal para efectos de comprender y poder explicitar cuál es el papel del control concentrado y del control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad que deben ejercer las autoridades judiciales a partir de la reforma del artículo 1, párrafo tercero de la Constitución, pues se hace hincapié en que tal artículo es básicamente el que da lugar al cambio de paradigma, no obstante que el artículo 133 igualmente sea una base constitucional para el control difuso de convencionalidad.

Entonces, podemos concretar que existen dos vertientes para el control constitucional en el orden jurídico mexicano, lo cual parte del nuevo modelo de protección de los derechos humanos y su control de convencionalidad. Por un lado el control concentrado, tal y como era apreciado incluso antes de la reforma, y el cual se concentra en los órganos del Poder Judicial de la Federación y se ejerce a

¹¹⁸ Tesis I.7o.A.8 K (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, libro XII, septiembre de 2012, p. 1679.

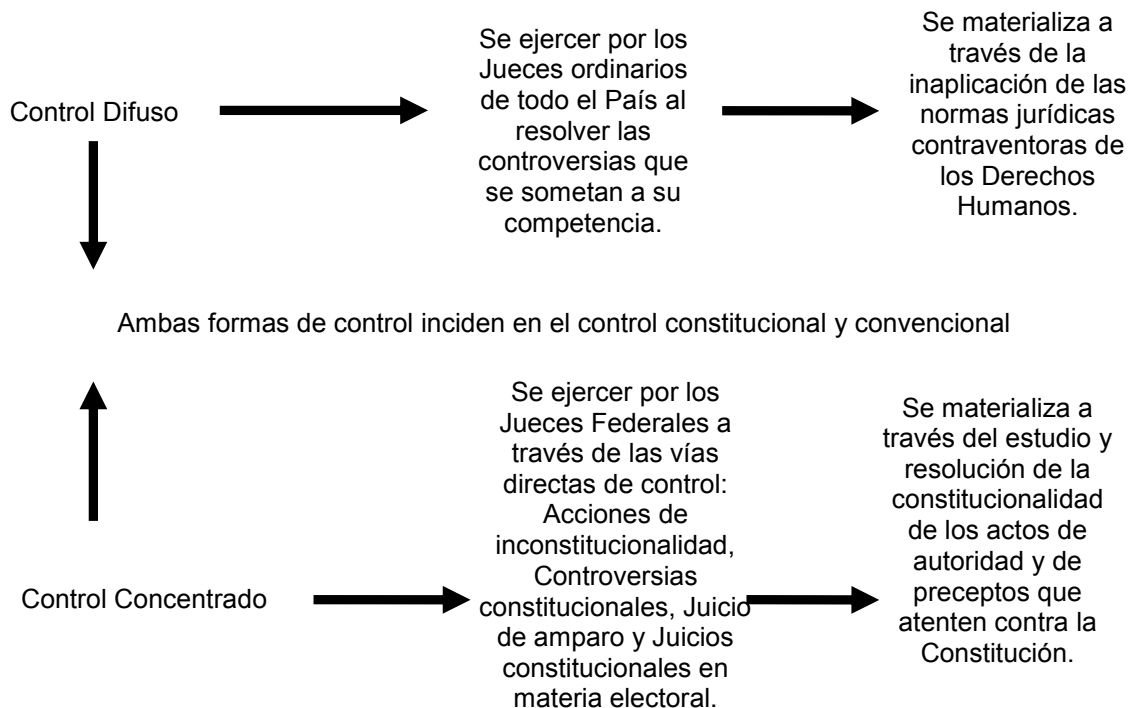
través de las vías directas de control como pueden ser las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, el juicio de revisión constitucional electoral, el juicio para la protección de los derechos político electorales y el amparo directo e indirecto, siendo tal control concentrado facultad restringida de jueces, magistrados y ministros del poder judicial federal, que en cada caso sean competentes para resolver tales medios de control constitucional.

Dentro de tal control concentrado la intención principal es conservar el estricto apego a las normas constitucionales por parte de los actos que emitan las autoridades o bien por el contenido de un precepto normativo para evidenciar si se ajusta o no con las disposiciones de la Carta Magna, pero siempre en aras de preservar la supremacía constitucional y mediante el trabajo exclusivo de los juzgadores federales.

Por otro lado, el segundo modelo es el denominado control difuso, el cual se ejerce a través de cualquier otro juzgador ordinario (incluso del orden federal cuando no actúan como jueces de control constitucional) y mediante la vía de inaplicación de normas jurídicas que atenten contra los derechos humanos al resolver los procesos ordinarios en los que son competentes. En este caso, el juez al realizar el juicio de subsunción (aplicación de la norma al caso concreto), materializa el contraste entre la prescripción normativa y los derechos humanos, debiendo ejercer un control exhaustivo y en caso de existir normas que atenten contra los derechos humanos tendrá que inaplicarlas.

Este control difuso surge y obedece, como lo explica el criterio aislado, al deber que impone el control de constitucionalidad y de convencionalidad que consagra el tercer párrafo del artículo primero de la Constitución Federal en consonancia con el diverso artículo 133 del mismo ordenamiento. Así, podemos resumir que el control concentrado y el control difuso difieren principalmente por la

autoridad que lo ejerce y de acuerdo a la vía en que se resuelve, como se aprecia en el esquema¹¹⁹:



Hasta ahora se ha explicado el control concentrado y el control difuso, que son las formas o medios a través de los cuales se ejerce el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. Por tal razón surge la necesidad de conceptualizar dos conceptos, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, mismos que complementarán la exposición que se ha desarrollado y que mantienen una estrecha relación con lo expuesto.

Para diferenciar los conceptos de control de constitucionalidad y control de convencionalidad anteriormente enunciados, resulta conveniente transcribir la jurisprudencia emitida por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se lee continuación:

¹¹⁹ Esquema de elaboración propia con información de la *Constitución Federal artículos 1 y 133*, así como con información de la tesis anterior citada en la nota 115.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011).

Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema judicial mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1o. constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades judiciales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.¹²⁰

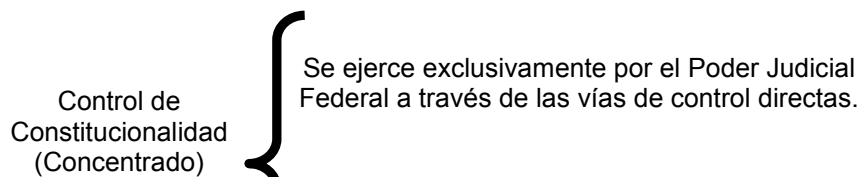
De acuerdo con la jurisprudencia citada, se puede deducir que el control de constitucionalidad sigue estando a cargo del Poder Judicial de la Federación a

¹²⁰Tesis 1a./J. 18/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, libro XV, diciembre de 2012, p. 420.

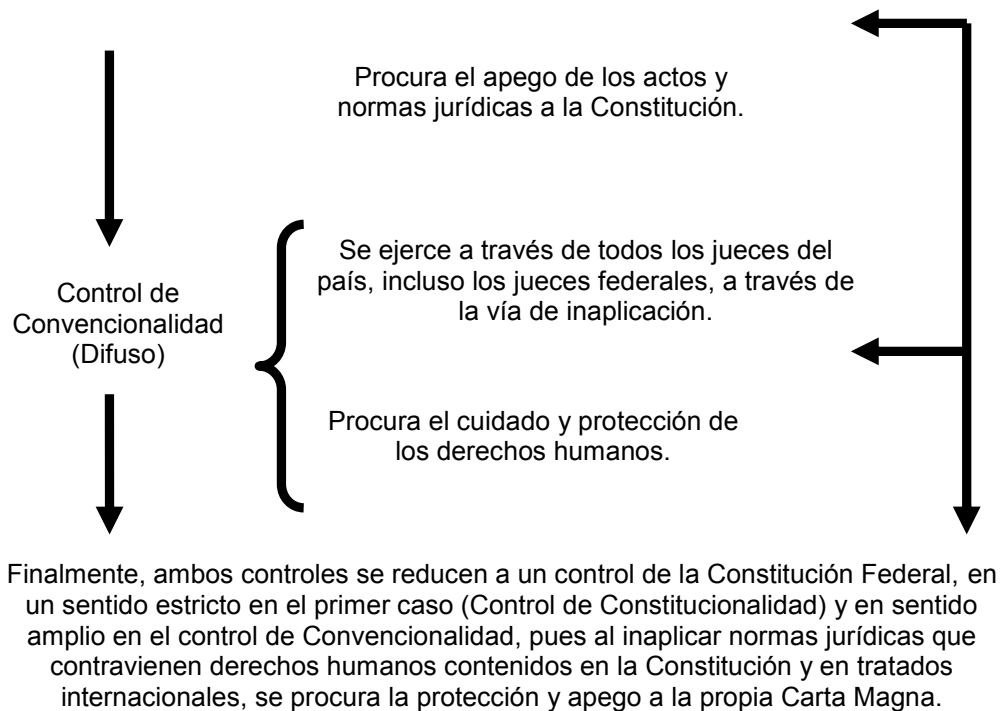
través de las vías directas de control a las cuales nos hemos referido anteriormente, sin que los jueces ordinarios tengan competencia para resolver dentro de estas vías directas, pues no obstante la reforma constitucional, esta facultad sigue siendo estrictamente reservada para el Poder Judicial Federal. Sin embargo, el control de convencionalidad es la apertura para que los jueces ordinarios de todo el País (incluso los propios jueces federales actuando dentro de procesos ordinarios), ejerzan este control de convencionalidad a través de la vía de inaplicación, emitiendo sus resoluciones en estricto apego a los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, teniendo la facultad de inaplicar las normas jurídicas que transgredan derechos fundamentales de los justiciables, ello en cumplimiento al mandato del artículo 1 de la Carta Magna.

De tal modo, a manera de resumen se puede afirmar que el control concentrado de constitucionalidad es una facultad reservada al poder judicial de la federación a través de la cual se puede hacer una declaración de inconstitucionalidad de aquellas normas que contravengan a la Carta Magna y de la misma forma se ejercerá el control de convencionalidad en protección de los derechos humanos cuando existan normas jurídicas que vulneren tales derechos. Por otro lado, el control difuso de la constitución, así como el de convencionalidad puede ejercerse a través de cualquier otra autoridad judicial pero no mediante declaratoria de inconstitucionalidad, sino a través de la inaplicación de aquellas normas que atenten contra los derechos humanos previstos tanto en la constitución como en los instrumentos internacionales.

Podemos ahora complementar el control concentrado y el control difuso, sumando al cuadro anterior el siguiente esquema¹²¹:



¹²¹ Esquema de elaboración propia con información de la *Constitución Federal artículos 1 y 133*, y de la tesis que lleva por rubro: *CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011)*.



El esquema muestra que la importancia del control de constitucionalidad (concentrado) y del control de convencionalidad (difuso) radica en el impacto que genera dentro de la impartición de justicia, pues a partir del control de convencionalidad, cualquier juez en el ámbito de su competencia está facultado e incluso obligado a la protección de los derechos humanos, sin que necesariamente ejerza el control de constitucionalidad que está restringido para el poder judicial federal.

Así las cosas, tratándose de órganos jurisdiccionales todos los procedimientos que sean sometidos a su conocimiento deberán ser resueltos ineludiblemente respetando el mandato constitucional en materia de derechos humanos, de lo contrario traería como consecuencia el incumplimiento de lo estatuido en el texto constitucional y colateralmente incumplir con lo mandatado en los acuerdos internacionales celebrados por México.

Los órganos jurisdiccionales al ser parte del Estado, se encuentran obligados a ejercer, aun de forma oficiosa, el control de convencionalidad y el control de

constitucionalidad, pues de lo contrario se estaría vulnerando el mandato constitucional de proteger y garantizar los derechos humanos y más aún, comprometería la responsabilidad del estado mexicano en el ámbito internacional.

Los Tribunales Colegiados de Circuito han emitido la siguiente tesis aislada en relación a la responsabilidad del Estado mexicano sobre las obligaciones relacionadas con el control de convencionalidad y la obligación de protección de los derechos humanos:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. ES UNA OBLIGACIÓN INELUDIBLE DE LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL EJERCERLO, AUN DE OFICIO, CUYO INCUMPLIMIENTO VULNERA EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE PROTEGER Y GARANTIZAR LOS DERECHOS HUMANOS Y COMPROMETE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO MEXICANO EN SU CONJUNTO.

Los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen el deber de toda autoridad de proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Norma Suprema y en los tratados internacionales de los que el país es parte y, en cuanto a los Jueces, el deber de arreglarse a la Constitución a pesar de leyes o disposiciones en contrario, a partir de lo cual, se reconoce que a cargo de las autoridades jurisdiccionales obra la obligación de ejercer de oficio o a petición de parte, un control de convencionalidad en materia de derechos humanos, el cual deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en el ordenamiento interno, conforme a los parámetros delineados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis P. LXVII/2011 (9a.), P. LXVIII/2011 (9a.) y P. LXIX/2011 (9a.). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, en relación con el deber de los Estados firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de respetar bienes jurídicos y libertades reconocidos en ella; que la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, que implique un incumplimiento de ese deber, constituye un hecho imputable al Estado en su conjunto, que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la propia convención (caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, No. 71, y caso Bámaca Velásquez vs.

Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, No. 70). Asimismo, que la responsabilidad estatal puede surgir cuando un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público afecte indebidamente, por acción u omisión, algunos de los bienes jurídicos protegidos por dicho instrumento internacional (caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, No. 171), y que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como el mencionado, sus Jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a él, lo que les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, las cuales, desde un inicio, carecen de efectos jurídicos [caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, y caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, No. 158]. Partiendo de lo anterior, como el Estado Mexicano firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, y por virtud de su artículo 1, numeral 1, en términos de los mencionados artículos 1o. y 133 constitucionales, obra a cargo de toda autoridad jurisdiccional nacional, con independencia de su fuero o jerarquía, la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en el referido pacto, así como el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a favor de toda persona sin distinción por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, mientras que conforme a su artículo 33, los actos de esas autoridades, como partes del Estado Mexicano, están sometidos a la competencia tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo relativo al cumplimiento de dicha obligación. De ahí que el deber de ejercer, aun de oficio, el control de constitucionalidad y convencionalidad de los actos de que una autoridad tenga conocimiento en el ámbito de sus competencias y facultades, debe asumirse con puntualidad, responsabilidad y eficacia, y no evadirse, menos aún en casos en que expresamente un gobernado solicita su ejercicio, pues soslayarlo refleja gravemente el incumplimiento de la primera obligación impuesta por el orden constitucional

interno a todas las autoridades, que a su vez supone el respeto de todos los derechos reconocidos a las personas en la Constitución y en la convención y dicho incumplimiento compromete la responsabilidad internacional del Estado Mexicano en su conjunto, acorde con el principio básico relativo, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.¹²²

De la tesis anterior surgen algunos puntos importantes para reflexionar, pues se desprenden algunos tipos de responsabilidades por parte del Estado mexicano.

La responsabilidad de la convencionalidad a cargo de las autoridades mexicanas debe atenderse desde dos puntos de vista medulares; uno partiendo del Estado mexicano hacía sus gobernados (responsabilidad interna) y otro a partir del Estado mexicano hacía los demás Estados firmantes de un tratado internacional (responsabilidad externa).

La responsabilidad interna puede entenderse como el derecho de todas las personas que se encuentren en el territorio nacional frente a las autoridades -incluso frente a algunos particulares- para que de forma obligatoria ejerzan el control de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de Derechos Humanos. Ahora bien, la responsabilidad externa es la obligación del Estado mexicano frente a los demás firmantes del tratado para hacer cumplir y ceñirse de forma estricta al cumplimiento de los acuerdos que previamente hayan sido celebrados. Esta obligación puede hacerse exigible, según el criterio que comentamos, a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹²² Tesis IV.2o.A.27 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 3, libro XXIII, agosto de 2013, p. 1616.

Téngase muy claro que tanto la responsabilidad interna y externa del Estado mexicano redundará siempre en beneficio de las personas, o al menos esto debe ser el objetivo de tal tipo de responsabilidad de convencionalidad.

La diferencia entre ambas responsabilidades radica en la forma como se hace valer el cumplimiento de tal obligación, pues la responsabilidad interna se hace efectiva a partir de que el gobernado insta a la autoridad (cualquiera que sea la instancia) denunciando una violación a sus derechos humanos, por lo tanto, la autoridad aún de oficio debe preservar el estricto apego al respeto de los derechos humanos del justiciable. Mientras que la responsabilidad externa es ejercida a través de los órganos internacionales encargados de vigilar el exacto cumplimiento de los tratados por parte de sus firmantes.

El contenido de la tesis transcrita puede contribuir como una guía en los criterios que se están adoptando en la sede jurisdiccional a nivel federal y si bien, por ahora no es obligatoria al no constituir jurisprudencia, su importancia radica en orientar la posición de los tribunales federales en cuanto al control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, ya que establece la responsabilidad estatal que puede surgir cuando un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público afecte indebidamente, por acción u omisión, algunos de los bienes jurídicos protegidos por algún instrumento internacional, dando pie para poder diferenciar la responsabilidad interna y externa del Estado mexicano en materia de Derechos Humanos.

Podemos concluir que el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad son una herramienta extraordinaria dentro de la tutela judicial, por lo cual, su estricto cumplimiento o bien, su incumplimiento, impactarán positiva o negativamente en la esfera jurídica del gobernado de ahí su radical importancia.

No obstante todo lo anterior, surge un comentario en forma de crítica de los criterios que prevalecen en el poder judicial de la federación en relación al control de convencionalidad. Y es que a lo largo de las jurisprudencias y tesis aisladas que

se revisaron para esta parte de la investigación, la mayoría por no decir todas, se centran en los órganos jurisdiccionales, es decir, en los jueces ya sea del fuero común o del fuero federal, pero no amplían la interpretación a todas las autoridades del país que en el ámbito de sus respectivas competencias tengan encomendada la facultad de aplicar leyes.

Lo antes señalado no es poca cosa, pues de acuerdo al artículo primero, párrafo tercero de la Constitución se previene que todas las autoridades, sin distinción alguna, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en el ámbito de su respectiva competencia y conforme a los principios que rigen a los derechos humanos. Así entonces, esta labor de convencionalidad está encomendada constitucionalmente a todas las autoridades y no sólo a las jurisdiccionales. Sin embargo, esta forma de actuación y pensamiento se halla generalizada en las autoridades judiciales y administrativas del país, lo cual impide que el cambio de paradigma sobre la interpretación pro persona sea más rápido y más dinámico.

Por lo tanto, las autoridades administrativas por regla general se desvinculan o simplemente hacen caso omiso a tal disposición constitucional y no ejercen el control de convencionalidad a favor de los gobernados y mucho menos inaplican aquellas normas que contravienen derechos humanos de las personas, pues en el mejor de los casos tratan de justificar su aplicación a través de fundamentaciones y motivaciones forzadas, máxime tratándose de aquellas autoridades que se les encomienda la aplicación o interpretación de algún ordenamiento en particular, como pasa en el caso de la autoridad hacendaria dentro de la Ley para prevenir e identificar operaciones con recursos de procedencia ilícita que sirve como ejemplo en esta investigación.

En este sentido, la autoridad administrativa tiende a tratar de justificar la aplicación de las normas pues ello es una encomienda que tiene dentro de sus atribuciones, por lo tanto, más que interpretar a base del principio pro persona alguna norma jurídica, simplemente la aplica y limita aquel deber de protección a

los derechos humanos que le impone la constitución. Dicho de otro modo, la autoridad administrativa lejos de buscar la protección del individuo ante la transgresión de sus derechos humanos por la aplicación de alguna norma que los contradiga, simplemente se limita a aplicarla y deja sin atender en control de convencionalidad que debería realizar conforme al artículo primero constitucional.

Sin embargo, esta práctica que es generalizada entre las autoridades administrativas no tiene otra forma de contrarrestarse más que por el ejercicio de los medios de defensa que otorgue la legislación y que en muchos de los casos culmina con la resolución en sede jurisdiccional, en vía de control concentrado de constitucionalidad y de convencionalidad.

Este fenómeno de desapego a la protección de los derechos humanos por parte de las autoridades administrativas puede tener como génesis el modelo de aplicación de las leyes que se concibió desde el inicio de la actual Constitución, pues las autoridades dependientes del poder ejecutivo tienen como principal encomienda ejecutar las leyes, pero tal parece que el modelo de ejecución de los ordenamientos se arraigó en las autoridades sin miramientos y de forma desmedida, lo cual ocasionalmente contradice el respeto de los derechos humanos de las personas, situación que ha sido aún en nuestros días tolerado por la autoridad jurisdiccional quienes actúan en un papel de revisores de las decisiones de estas autoridades administrativas, pero difícilmente como sancionadores de tales autoridades cuando comenten violaciones a los derechos humanos de los gobernados.

Entonces, aún cuando existe una tendencia para cambiar el paradigma sobre Derechos Humanos a partir de la reforma del diez de junio del año dos mil once, o al menos eso parece, el arcaico modelo sobre la aplicación estricta de la ley en donde la división de poderes tiene más importancia para la imposición de las normas que para el respeto de los derechos humanos, es un problema con el cual tendrá que lucharse por largo tiempo para convertir el viejo paradigma en un nuevo modelo

donde sea más importante el respecto a los derechos humanos de las personas que los intereses del Estado.

2.1.4 Utilidad de los principios constitucionales en la investigación

Hasta este punto se han analizado una serie de principios previstos en la constitución que coinciden con algunas garantías para la protección de los derechos humanos, y la finalidad de elegir tales principios es para que guíen el criterio que será eje rector de las propuestas que se incluyan dentro del capítulo cuarto. Pero además, serán una forma de basar el análisis de las normas no óptimas que se realice en el capítulo siguiente.

Se eligió al inicio de este capítulo el principio pro persona porque puede ser de gran ayuda para derivar el principio de no afectación que se incluye en las propuestas de esta investigación. Máxime que de acuerdo a la dinámica con la que se desarrolla el Derecho, muchos principios suelen derivarse de otros como sucede en el caso del in dubio pro reo, in dubio pro operario, in dubio pro infante y pro homine o pro persona.

También es parte esencial en el nuevo paradigma constitucional este principio en beneficio de los derechos humanos de las persona, ya que permite ubicar como parte fundamental al individuo en la aplicación del derecho y no al Estado, por lo tanto, parecería que el cambio de modelo de aplicación de las normas tendría que dirigirse hacia la protección más benéfica de la persona y no hacía los intereses del Estado, o al menos con este principio podría generarse una amplia argumentación en este sentido de mayor beneficio para el individuo.

Pero a la vez, la interpretación pro persona debe ceñirse a una medida que impida la arbitrariedad y la desmedida, pues de lo contrario se llegaría al mismo lugar de donde se parte, que es la aplicación estricta, irreflexiva y sin miramientos de muchos preceptos normativos que aún y cuando contravengan a los derechos

humanos son el fundamento de los actos de autoridad, como sucede en el caso de las normas no óptimas que serán analizadas en el siguiente capítulo.

Por lo anterior, el principio de legalidad sigue siendo una garantía fundamental para la aplicación e interpretación de las normas, ligada con el principio de debido proceso. Entonces, en consonancia con la garantía de legalidad y de debido proceso, el principio pro persona tiene una graduación específica en la cual nivela la interpretación y aplicación de las normas de acuerdo a ciertas reglas específicas (fundamentación y motivación) que tratándose de normas que conlleven el reconocimiento de un derecho humano siempre deberá ser interpretada y aplicada procurando la más amplia protección del individuo, pero sin soslayar el respeto y garantía de otros derechos.

Dicho de otro modo, el principio de legalidad y debido proceso son las reglas del juego y el principio pro persona es una forma de volver accesible y favorable a la protección de los derechos humanos de las personas tales reglas del juego, y aunque a partir del principio de legalidad se deba partir de la aplicación estricta de la ley, también es cierto que se flexibiliza la interpretación cuando se trata de derechos humanos, pero incluso, estas reglas del juego previstas por el principio de legalidad y debido proceso pueden dejarse de aplicar si es que se contraviene a los derechos humanos contenidos en la constitución o en los tratados internacionales a través del principio de control difuso de la convencionalidad.

Por lo tanto, el control de convencionalidad busca ser un medio a través del cual pueda darse una mayor protección a las personas tratándose de sus derechos humanos, de ahí que en los casos en que la aplicación de una norma contravenga o violente derechos humanos, existe la posibilidad de que la autoridad inaplique el precepto normativo contraventor y dé supremacía al derecho fundamental, incluso sobre la garantía de legalidad que dictaría la aplicación de la norma en respecto a la fundamentación y motivación, así como al debido proceso.

En conjunto con todo lo anterior, se puede llegar a la conclusión de que en el nuevo paradigma constitucional la garantía de legalidad y de debido proceso se encuentra nivelada a partir del principio pro persona, pero incluso existe la posibilidad de evitar la aplicación de cierta norma jurídica cuando contravenga derechos humanos, lo cual se logra por medio del control de convencionalidad, mismo que concede la oportunidad de generar una fundamentación y motivación diversa a la simple cita de preceptos aplicables al caso concreto, ello a partir de estos principios neo constitucionales que aventajan la protección de los derechos humanos de las personas.

Por estos motivos, las garantías individuales y los principios que se han citado y que se analizaron por separado en cada apartado, servirán a lo largo de esta investigación para sostener las propuestas que se incluyen dentro del capítulo cuarto, pero además guiarán el análisis de las normas no óptimas que serán materia de atención en el siguiente capítulo. Sin embargo, previo a realizar esa reflexión, a continuación se darán a conocer los tratados e instrumentos internacionales que al igual de los preceptos constitucionales ayudarán a la argumentación de esta investigación.

2.2 Los Instrumentos Internacionales como Fuente de Derechos Humanos en México

La reforma del diez de junio del año dos mil once no fue el momento a partir del cual se reconocieron los derechos humanos suscritos en los diversos instrumentos internacionales, pues tales derechos existían desde antes de la reforma, más bien resulta el momento a partir del cual se positivaron a nivel constitucional como normas fundamentales que el Estado debe proteger con la primacía constitucional que adquiere el reconocimiento a través de la inclusión en el artículo primero constitucional.

Así, a partir del 10 de junio del año dos mil once se formalizaron los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, pues no debe perderse de

vista que tales instrumentos habían venido siendo firmados de forma progresiva por México a lo largo de su historia reciente y el hecho de que el artículo primero constitucional los incluya en su texto no es porque ipso facto sean creados tales derechos humanos, sino porque fueron formalizados constitucionalmente para que sean protegidos en la forma y términos que se menciona en la citada reforma, pero los instrumentos existen desde el siglo pasado y con ello eran vigentes los derechos ahí contenidos, al respecto señala Agustín Esquela:

Las mencionadas declaraciones se reducen naturalmente al ámbito de los derechos nacionales, y sólo en el siglo actual asistimos a un proceso de creciente internacionalización de los derechos humanos, en especial a partir de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano -aprobada en Bogotá en marzo de 1948 – y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, declaraciones a las que han seguido luego algunos pactos internacionales de importancia en materia de derechos humanos, civiles y políticos, como también de derechos económicos, sociales y culturales, que datan de 1966.¹²³

Lo que si puede afirmarse es que la reforma ha propiciado una apertura del tema de los Derechos Humanos a la internacionalización, que ha permitido influir en el derecho interno de las partes que celebran los instrumentos internacionales. Pero además, se ha dado lugar a una positivización de los Derechos Humanos que permite un reconocimiento más amplio y extenso a favor de las personas, el mismo autor precisa:

Por lo mismo, la existencia de declaraciones de derechos humanos en el ámbito de los derechos nacionales, en especial de los textos constitucionales, y, sobre todo, la pareja existencia de textos internacionales sobre la misma materia, suscritos y ratificados por un número importante de estados contemporáneos, permite hablar hoy de un verdadero “derecho positivo de los derechos humanos”, el que, por su

¹²³ SQUELA, Agustín, *Positivism jurídico, democracia y derechos humanos*, segunda reimpresión, Ed. Fontamara, México, 2004. Pág.77.

misma objetividad como derechos positivo, facilita a su vez un consenso cada vez mayor en cuanto a la identificación de los derechos del hombre, o sea, facilita una respuesta más o menos compartida a la pregunta de cuáles son hoy los derechos humanos.¹²⁴

Entonces, los tratados internacionales son una fuente imprescindible y medular en materia de Derechos Humanos, pues generan una concepción más extensa y clara, pero también complementaria de los ordenamientos internos a fin de que la protección y reconocimiento sea más extensa y en favor de las personas. Sin embargo, surge en esta parte de la investigación una pregunta importante de responder ¿Cuáles tratados internacionales deben formar parte de la red de instrumentos que deben tomarse en cuenta en términos del artículo primero constitucional? Porque parecería que el criterio generalizado que ha venido tomando fuerza a lo largo de la jurisprudencia es que deben ser sólo aquellos instrumentos en materia de derechos humanos, pero entonces, ¿No hay posibilidad que en otros tratados internacionales que no se refieran principalmente a derechos humanos, pueda cobrar aplicación la protección e interpretación pro persona?

Es decir, México tiene celebrado uno o más instrumentos en materia de delincuencia organizada y corrupción, por ejemplo. Las normas que se incluyen en tales ordenamientos pueden ser interpretados en beneficio de las personas aunque de forma directa no les concedan ni reconozcan un derecho humano. Para ser más claros, piénsese en una obligación que tenga el Estado mexicano en relación a la prevención del lavado de dinero, pero no la cumple, o bien, al pretender cumplirla se imponen deberes, sanciones, obligaciones o cualquier otro tipo de gravámenes excesivos a los derechos de las personas y por lo tanto extralimita su compromiso internacional.

En los casos anteriores podría invocarse en beneficio de la persona el hecho de que el Estado mexicano no cumplió o se excedió en su cumplimiento del deber

¹²⁴ *Ídem.*

que le fue impuesto en el instrumento internacional, y que por tal razón, sea motivo de agravio o violación a los derechos de los sujetos normativos.

Se piensa que toda prerrogativa de la que pueda valerse la persona y que tenga un nexo con un derecho humano o incluso con alguna garantía debe ser interpretada bajo el principio pro persona, de lo contrario quedaría inacabada la protección a favor de los derechos humanos y con ello se pondría en duda la seriedad, así como los fines determinantes de la reforma constitucional, que son la protección al individuo.

Hasta este punto lo que se trata de evidenciar y dejar claro es que no necesariamente el tratado internacional debe abordar la materia de derechos humanos, o incluso, las normas que contenga no deben referirse precisamente a derechos humanos para que la interpretación tenga que realizarse a favor del individuo, basta que el precepto contenga una prerrogativa que le favorezca al sujeto y de la que pueda valerse en contra de los actos de autoridad para que cualquier autoridad en el ámbito de su competencia deba interpretar la norma con la mayor amplitud para proteger los derechos del individuo, finalmente el ejercicio de todos los derechos encuentran una liga a través de la certidumbre jurídica.

En este sentido, aunque la investigación no tenga por objeto diferenciar y mucho menos analizar los niveles conceptuales sobre derechos humanos, derechos fundamentales y garantías individuales, se precisa que el concepto bajo el cual se guiará el análisis de las normas no óptimas y en general el sentido en el que se entienden los derechos humanos en esta investigación es bajo el entendido de que son prerrogativas fundamentales a favor de las personas. Esto se considera de tal modo, ya que se piensan los derechos humanos como prerrogativas que “se integran por facultades, poderes y libertades de diversa índole”¹²⁵ y si bien la prerrogativa puede ser sólo uno de los elementos del propio concepto de derechos humanos, parece que es el elemento más importante o al menos del cual pueden obtenerse los mayores beneficios a favor de la protección de las personas.

¹²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos humanos, parte general*, SCJN, México, 2013, Pág. 5.

Categorizar e incluso jerarquizar conceptos puede servir para explicarlos de forma clara dentro de un ámbito teórico y doctrinal, sin embargo, en el ámbito práctico, en la aplicación de tales conceptos a la vida real podría dar lugar a interpretaciones riesgosas.

Por ejemplo, la doctrina¹²⁶ define al derecho a la libertad personal como un derecho humano atribuible a cualquier persona por la sola condición de ser persona, mientras que la propiedad se identifica como un derecho fundamental, ya que el individuo debe reunir condiciones específicas más allá de la sola condición de ser persona como es elementalmente tener bajo su dominio bienes que deban ser protegidos y que la persona goce del estatus jurídico para adquirir bienes.

Pero esta clasificación o categorización doctrinal podría dar lugar a interpretar que la libertad como categoría correspondiente a un derecho humano es más importante o debe prevalecer ante la propiedad como un derecho secundario, lo cual al momento de aplicar la norma podría llevar a yerros que en esta investigación no serán abordados, pero la aclaración sirve para determinar que en este trabajo al hacerse referencia a derechos humanos o derechos fundamentales se estará concibiendo como prerrogativas a favor de las personas.

Todo lo advertido sirve para analizar dos instrumentos internacionales de los cuales México es parte y que si bien es cierto no son propiamente referidos a la materia de derechos humanos, sino a la delincuencia organizada y a la corrupción, en sus disposiciones se encuentran previsiones que de algún modo conceden prerrogativas que pueden ser usadas por las personas en contra de los actos de autoridad que se deriven de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de

¹²⁶ Luigi Ferrajoli hace una magnífica clasificación de los derechos fundamentales, incluidos los derechos humanos, dentro de su Teoría del Derecho y puede confrontarse la categorización en FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, cuarta edición, Editorial Trotta, España, 2009, Págs. 291 a 300.

Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, tal y como se explica a continuación.

2.2.1 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y Convención de Palermo

México adoptó el 15 de noviembre del año 2000 la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada también denominada Convención de Palermo. Éste instrumento se encuentra vigente desde su entrada en vigor el 29 de septiembre del año 2003, lo cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de abril del año 2003. El propósito de esta convención es promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada trasnacional.¹²⁷

Pero cinco años después también entró en vigor la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, la cual está vigente desde el día 14 de diciembre del año de 2005 y cuya finalidad de este instrumento es:

- a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;
- b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;
- c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.¹²⁸

¹²⁷ Artículo 1º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, consultada el 23 de octubre del año 2014 en su versión PDF dentro de la página electrónica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación recuperada del Link:

<https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0945.pdf>

¹²⁸ Artículo 1º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, consultada el 23 de octubre del año 2014 en su versión PDF dentro de la página electrónica de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito recuperada del Link:

http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

De tal modo, esta convención pretende ser un instrumento útil para promover acciones efectivas contra cualquier acto de corrupción. Pero sus disposiciones son casi idénticas que la primera convención en lo relacionado al blanqueamiento de capitales, por lo que se analizan en conjunto.

La utilidad de analizar estos dos instrumentos internacionales deviene de la prohibición al uso de dinero en efectivo que estatuye la Ley antilavado que será analizada en el siguiente capítulo, pues dentro de las medidas adoptadas por México en estas dos convenciones está el compromiso de permitir la libre circulación de capitales lícitos, lo cual no se cumple con la restricción al uso de dinero en efectivo que dispone la citada Ley antilavado.

Para dar paso al análisis de las convenciones, en primer lugar es ineludible hacer mención al concepto de **entrega vigilada**, mismo concepto que se encuentra previsto en ambas convenciones en sus artículos 2, incisos i), los cuales a la letra señalan en forma idéntica lo siguientes:

- i) Por **entrega vigilada** se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos;

En ambos instrumentos el contenido normativo es idéntico, por lo tanto se permite obviar la cita y para ello se remiten a los datos citados previamente en los pies de página.

Las convenciones disponen como medio idóneo para investigar un delito y para identificar a las personas involucradas en su comisión, las entregas vigiladas, que consisten en permitir la circulación de remesas ilícitas o sospechosas.

Esta disposición normativa da lugar a pensar que el rastreo de la circulación de este tipo de capitales es un medio efectivo para lograr la integración de

investigaciones contra las personas que cometen los delitos vinculados con estas remesas, por lo cual es indudable que sea preferible la permisión de la circulación de las remesas ilícitas para la integración de la investigación y la vinculación de los sujetos que intervengan en los delitos, en comparación con la prohibición de la circulación de capitales. Es decir, puede ser más útil la permisión de la circulación de capitales ilícitos en las condiciones apuntadas, que la prohibición de la circulación de capitales, incluidos los lícitos como sucede en el caso de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Entonces, cabe afirmar que si es permisible la circulación de capitales ilícitos y sospechosos como son las remesas, por mayoría de razón debería ser permisible la circulación de capitales que sean lícitos aunque sean en efectivo y para realizar las operaciones que de acuerdo a la Ley antilavado de dinero son prohibidas, aspecto del cual se abundará en el capítulo siguiente.

De tal modo, este primer artículo analizado da lugar a pensar que la restricción al uso de dinero en efectivo que previene la Ley Federal para Prevenir e Identificar Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita no es adecuada ni cumple con los fines que dispone el propio ordenamiento, de lo cual se abundará más adelante. Pero además, tal postura se corrobora con el análisis del artículo 7 de la Convención de Palermo y con el artículo 14 de la Convención contra la Corrupción.

Dentro del artículo 7, apartado 2, de la primera convención mencionada se disponen ciertas medidas para prevenir el blanqueo de dinero y son del tenor siguiente:

Artículo 7

Medidas para combatir el blanqueo de dinero

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables

pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.¹²⁹

México al adoptar este instrumento internacional se comprometió a establecer medidas para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables, pero con ciertas limitaciones que consisten en garantizar la utilización de la información y no restringir de ningún modo la circulación de capitales lícitos. Este compromiso realizado por el Estado mexicano con la comunidad internacional no se cumple, pues la Ley antilavado restringe el uso de dinero en efectivo y los presume como ilícitos en ciertos montos y para ciertas actividades, más no por el hecho de que el capital utilizado en estas actividades sea sospechoso y mucho menos ilícito, es decir, restringe el uso de dinero en efectivo sin distinguir ni tomar importancia sobre la licitud o ilicitud del origen de los recursos dinerarios, sino más bien los vuelve presuntamente ilícitos.

Además, las medidas comprometidas en la convención se refieren a la exigencia de que tanto los particulares como las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de dinero en efectivo y de títulos negociables, pero esto de ningún modo significa que el Estado pudiera prohibir las transferencias elevadas de dinero en efectivo, sino que debía imponer medidas tendientes a que tales operaciones fueran siempre notificadas, para que la autoridad tuviera la oportunidad de constatar el origen del dinero materia de las transacciones, lo cual no significa de ninguna forma que se debía prohibir el uso de dinero en efectivo.

Entonces, es evidente que el Estado mexicano al restringir el uso de dinero en efectivo en ciertas actividades violenta compromisos adquiridos al tenor de esta convención, pero además, infringe la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en el artículo 14, en los apartados siguientes:

¹²⁹ *Ibidem*, artículo 7.

Artículo 14

Medidas para prevenir el blanqueo de dinero

1. Cada Estado Parte:

a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en dicho régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, al establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas;

...

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas apropiadas y viables para exigir a las instituciones financieras, incluidas las que remiten dinero, que:

- a) Incluyan en los formularios de transferencia electrónica de fondos y mensajes conexos información exacta y válida sobre el remitente;
- b) Mantengan esa información durante todo el ciclo de pagos; y
- c) Examinen de manera más minuciosa las transferencias de fondos que no contengan información completa sobre el remitente.¹³⁰

Esta convención al igual que la de Palermo, dispone indispensablemente la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, lo cual se

¹³⁰ *Ibidem*, Artículo 14

encuentra previsto así en la Ley nacional. Pero a diferencia de lo prevenido en esta convención, en la ley antilavado nacional, las notificaciones deben hacerse de todas las transacciones que se lleven a cabo en las actividades enunciadas como vulnerables por la propia Ley y no sólo de aquellas que puedan ser sospechosas, de ahí que la legislación nacional presuma que todas las actividades pueden ser ilícitas por el simple hecho de ser definidas como vulnerables y no por las condiciones propias de cada operación.

El numeral 2 del artículo 14 de la Convención contra la Corrupción dispone lo mismo que la Convención de Palermo respecto a la no prohibición de la circulación de dinero en efectivo, pues aunque dispone que se deben aplicar medidas para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo, igualmente dispone que las medidas no deberán restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Por lo tanto, la prohibición del uso de dinero en efectivo en las actividades definidas como vulnerables por la Ley nacional contraviene el sentido de estas disposiciones de carácter internacional que si bien previenen la adopción de medidas, también delimitan que dichas medidas no deban restringir la circulación de dinero en efectivo lícito.

Por otro lado, en relación a la información que la convención determinó como idónea para recabar de los clientes y operaciones que se realicen bajo escrutinio de estas normas internacionales se encuentran formularios de transferencia electrónica de fondos y mensajes conexos con información exacta y válida sobre el remitente, mientras que la Ley nacional se limitó a disponer la recolección de información de los clientes, usuarios y beneficiarios finales de las operaciones vulnerables, incluido su nombre, domicilio y registro federal de contribuyentes, lo cual hace evidente que existe una diferencia entre las disposiciones internacionales y las nacionales.

Además, una diferencia radical con la convención es la relativa al tiempo en que se debe mantener la información, pues mientras el inciso b) del apartado 3 antes transcrito señala que deberá mantenerse la información durante el ciclo de pagos. Por el contrario, en la Ley antilavado se dispone un plazo completamente

amplió que es de cinco años, lo cual es sumamente ineficiente y gravoso para el sujeto normativo, tal y como será estudiado en el siguiente capítulo al abordar la ineficiencia.

Las disposiciones contenidas en estas convenciones contrastan con las prevenciones normativas contenidas en la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, lo cual podrá demostrarse al realizar el análisis pertinente de las normas que se consideran no óptimas en el capítulo tercero de esta investigación, sin embargo los preceptos antes analizados sirven en esta investigación porque contienen delimitaciones o lineamientos para el Estado mexicano que el sujeto normativo puede invocar como prerrogativas en su favor a partir del principio de legalidad y certidumbre jurídica.

Lo anterior se considera de tal forma ya que los tratados internacionales son compromisos multilaterales a nivel internacional que suscriben los estados parte conforme lo establece el artículo 2 de la Ley Sobre la Celebración de Tratados. Por lo cual, los compromisos asumidos en las convenciones de Palermo y de las Naciones Unidas contra la Corrupción establecen límites y lineamientos de acción a los Estados firmantes, por lo tanto, tales limitaciones no sólo están comprometidos con los demás países miembros del tratado, sino con la población nacional, ya que los tratados internacionales forman parte del ordenamiento legal aplicable a las personas dentro del territorio nacional.

De tal modo, las limitaciones y lineamientos a las que se sometió el gobierno mexicano en ambas convenciones, precisamente las referentes a no restringir de ningún modo la circulación de capitales de dinero en efectivo que sea lícito, se traduce en una prerrogativa fundamental de todas aquellas personas que se les pretenda aplicar la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, porque dicho ordenamiento es una de las medidas adoptadas por el Estado mexicano para cumplir con las citadas convenciones. En este punto es donde adquiere relevancia el hecho de que los derechos humanos sean apreciados como prerrogativas fundamentales, pues el

compromiso adquirido por México para no restringir la circulación de dinero en efectivo lícito se convierte en una prerrogativa o derecho a favor del sujeto normativo para usar dinero en efectivo de procedencia lícita dentro de las actividades enunciadas como vulnerables en la Ley antilavado y sin que deba resentir ninguna sanción.

Dicho de otro modo, la delimitación a la actuación del gobierno mexicano para no restringir la circulación de dinero en efectivo lícito se convierte a su vez en una prerrogativa útil para la persona que se le pretenda sancionar por el uso de dinero en efectivo de origen lícito en alguna de las operaciones señaladas como vulnerables por la Ley. Esta prerrogativa surge a partir del vínculo que se crea entre el principio de legalidad y el de certidumbre jurídica.

Por un lado, las convenciones materia de este análisis forman parte de la Ley de la Unión por ser tratados internacionales vigentes y válidos, de tal modo que su observancia por las autoridades nacionales se debe sujetar al principio de legalidad, es decir, atender al contenido de la Ley para el ejercicio de sus funciones y atribuciones. Así entonces, las autoridades encargadas de aplicar la Ley antilavado irremediablemente contravendrán las disposiciones de las convenciones cuando pretendan sancionar a una persona que haya usado dinero en efectivo de procedencia lícita en alguna de las operaciones donde se prohíbe tal forma de pago.

Ante tal situación, la persona que sea sancionada bajo ese supuesto será transgredido en sus garantías de legalidad y certeza jurídica. Pues por un lado, la autoridad se estará separando de la aplicación del contenido de lo previsto en las convenciones que previenen que no se puede restringir la circulación de capitales lícitos, pero además, se vulnerará la certidumbre jurídica del sujeto normativo, pues la autoridad no se ajustará a las reglas del juego convenidas para la circulación de dinero en efectivo de procedencia lícita que se pactó en las convenciones internacionales.

Este impase tiene lugar debido a la antinomia que se crea por el sentido contradictorio de cada una de las normas aplicables al caso en concreto del uso de dinero en efectivo.

Ahora bien, la colisión normativa puede ser resuelta a través de los diversos métodos de interpretación, pero desafortunadamente la usanza generalizada con la autoridad hacendaria encargada de la aplicación de la Ley antilavado es aplicar la norma sin miramientos ni interpretaciones favorables para el sujeto normativo, por el contrario, se aplica la Ley en atención al beneficio de los intereses estatales, por lo que deberá esperarse hasta la sede judicial para la interpretación correspondiente que resuelva la antinomia creada por estas disposiciones normativas contradictorias.

Este comportamiento de la autoridad es contradictorio del nuevo modelo de aplicación de las normas que se refieran a derechos humanos, pues el principio pro persona rige a todas las autoridades en el ámbito de su competencia, de ahí que si la autoridad hacendaria observa ante sí esta colisión normativa, debería realizar una interpretación bajo el principio pro persona y no sancionar al sujeto normativo que acredite que los recursos dinerarios son lícitos. Porque ante tal supuesto no existiría ninguna afectación al bien jurídicamente tutelado que es la economía nacional. Por el contrario, aquellos sujetos que no acreditaran la licitud del dinero usado en efectivo deberían ser sancionados en términos de la Ley antilavado y de las demás leyes, lo que contribuiría a la interpretación conforme a la Constitución.

Si la autoridad hacendaria actuara de la forma precisada en el párrafo anterior, aún de oficio sin necesidad de que una autoridad jurisdiccional se lo ordenara, ninguna repercusión negativa traería al funcionamiento del gobierno y por el contrario sí se apegarían más a la interpretación pro persona que debe regir con mayor frecuencia entre todas las autoridades del país en apego al nuevo paradigma constitucional.

Como se dijo desde iniciar este capítulo, no se trata de que el principio se convierta en un mecanismo de interpretación desmedida, sino más bien justificada

en la legalidad del caso en concreto. Pues en el tema del uso de dinero en efectivo lícito existe una prerrogativa a favor de las personas para que no se restrinja la circulación del mismo, además de que si se demuestra a la autoridad que el origen del dinero es lícito no existe ninguna afectación susceptible de sancionar. Caso contrario sería que el origen del dinero fuera ilícito, pues en tal situación indefectiblemente tendría la autoridad que sancionar al sujeto normativo y no sólo con las multas previstas en la Ley antilavado, sino además con la legislación penal aplicable.

Finalmente, se trata de hacer patente el hecho de que la aplicación de las normas no debe ser indiscriminada y mucho menos irreflexiva, menos ahora que es una obligación constitucional de las autoridades salvaguardar los derechos humanos de las personas.

Ahora es prudente dar paso al estudio de ciertos artículos de la Ley Federal para Prevenir e Identificar Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita que si bien no son propiamente los que contienen preceptos normativos no óptimos, sí servirán para comprender el análisis integral que se hará en el siguiente capítulo sobre los conceptos de ineficacia, ineffectividad e ineficiencia.

2.3 Ley Federal para Prevenir e Identificar Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita

Dentro de este apartado serán únicamente atendidos ciertos artículos que servirán para comprender o para complementar el análisis que se hará en el siguiente capítulo, sin que se pretenda hacer un estudio exhaustivo de todo el contenido de la Ley, sino únicamente de los preceptos que sean útiles y necesarios para el análisis de las normas no óptimas materia del capítulo tres de esta investigación.

La Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita fue publicada el 17 de octubre del año dos mil doce y previó una *vacatio legis* de nueve meses conforme al artículo primero transitorio.

Por lo cual, desde el 17 de julio del año dos mil trece se encuentra en vigor y la finalidad básica pretendida en la legislación se concentró en la protección del sistema financiero, así como de la economía nacional. El artículo 2 de la Ley establece el objeto de regulación:

Artículo 2. El objeto de esta Ley es proteger el sistema financiero y la economía nacional, estableciendo medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita, a través de una coordinación interinstitucional, que tenga como fines recabar elementos útiles para investigar y perseguir los delitos de operaciones con recursos de procedencia ilícita, los relacionados con estos últimos, las estructuras financieras de las organizaciones delictivas y evitar el uso de los recursos para su financiamiento.¹³¹

El bien jurídicamente tutelado por la legislación consiste en la economía nacional y el sistema financiero, lo cual se trata de preservar a través del señalamiento de ciertas actividades a las que se les califica como vulnerables, esto es, a partir de la delimitación y condicionamiento de ciertas operaciones definidas como vulnerables se pretende conseguir que la economía nacional y el sistema financiero no sea afectado o vulnerado por operaciones que incluyan recursos de procedencia ilícita. De tal modo, las medidas y condicionantes que dispone la Ley en el caso de las actividades vulnerables supuestamente contribuyen con la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita, sin embargo esto no es verdad, al menos no en todos los casos, pero tal afirmación será demostrada hasta los capítulos siguientes al realizar el análisis de las normas no óptimas.

Los artículos 14 y 17 establecen cuáles son las actividades definidas como vulnerables, pero como el artículo 17 será atendido en el siguiente capítulo, por ahora sólo será materia de atención el primero de ellos, mismo que a la letra señala:

¹³¹ *Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita*, Artículo 2, consultada en su versión PDF dentro del portal electrónico oficial de la Cámara de Diputados federal el día veinticinco de octubre del año dos mil trece, recuperado del link: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

Artículo 14. Para los efectos de esta Sección, los actos, operaciones y servicios que realizan las Entidades Financieras de conformidad con las leyes que en cada caso las regulan, se consideran Actividades Vulnerables, las cuales se registrarán en los términos de esta Sección.¹³²

Esta norma hace evidente que la legislación de modo indiscriminado y excesivo calificó como actividad vulnerable a todas las operaciones, actos y servicios que se realicen con las entidades financieras, lo cual implica que al ser cliente y recibir los servicios de cualquier clase de entidades financieras se convierte en sujeto de riesgo al estar implicado en una actividad vulnerable que la Ley presume que puede ser usada en el lavado de dinero. Tal disposición es ajena a la realidad, ya que contrario al sentido de este artículo, las operaciones que en verdad se usan para el lavado de dinero son mucho menos de las que usualmente se usan de forma lícita, pues la gran masa de operaciones, actos y actividades que llevan a cabo las entidades financieras son lícitas y por excepción se tratan de operaciones ilícitas.

Además, esta prescripción normativa hace que el campo de análisis de las operaciones que en verdad pudieran llegar a ser riesgosas o ilícitas sea sumamente amplio y sin criterio de distinción. Para entender el impacto de esta disposición se pone en contexto la obligación que tienen las entidades financieras de dar avisos de las operaciones que tengan con sus clientes, usuarios y beneficiarios de sus servicios, por lo cual, el cúmulo de avisos que la autoridad recibe es tan amplio que un sinnúmero de operaciones pasarán inadvertidas para la autoridad, operaciones que podrían ser ilícitas, pero que gracias al gran volumen de reportes pueden mimetizarse en las que son lícitas.

La falta de criterios que prioricen circunstancias riesgosas como pudiera ser montos elevados, pero en verdad elevados que se apeguen a la realidad de las cantidades de lavado de dinero y no como las que serán analizadas en el siguiente

¹³² *Idem.*

capítulo, así como las características de los clientes, el historial de operaciones, la variedad o usualidad de operaciones de cada cliente, el perfil de operaciones de cada usuario, etc., este tipo de criterios lograrían disminuir el número de avisos y lograrían concentrar sólo aquellas que sí pudieran representar un riesgo para el lavado de dinero.

Entonces, el hecho de que indiscriminadamente se califique como vulnerables los servicios y operaciones que se llevan a cabo con las entidades financieras, sin priorizar las que verdaderamente puedan ser riesgosas de las que no constituyan un riesgo, muestra que el objeto de la Ley, es decir, la protección al sistema financiero y a la economía nacional no está del todo salvaguardado y contrario a ello existen preceptos que incluso se alejan del objeto prescrito, sin embargo esto será analizado en el capítulo siguiente.

Por ahora basta precisar que las actividades analizadas en el siguiente capítulo y las demás contenidas en el artículo 17, así como las referidas en este artículo 14 son las que la legislación califica como vulnerables y que son tomadas como ejes para lograr la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita, pero que en la práctica quedan reducidas a normas no óptimas por las razones y motivos que se ahondarán más adelante.

Por último, sólo para mostrar un horizonte acerca de las consecuencias o sanciones que impone la Ley para los sujetos normativos que no cumplan, los artículos 53 y 54 se mencionan a continuación en dos ejemplos que muestran lo excesivo de las sanciones.

Primeramente, léase el contenido íntegro de ambos artículos, para posteriormente desarrollar los ejemplos pertinentes:

Artículo 53. Se aplicará la multa correspondiente a quienes:

I. Se abstengan de cumplir con los requerimientos que les formule la Secretaría en términos de esta Ley;

II. Incumplan con cualquiera de las obligaciones establecidas en el artículo 18 de esta Ley;

III. Incumplan con la obligación de presentar en tiempo los Avisos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley.

La sanción prevista en esta fracción será aplicable cuando la presentación del Aviso se realice a más tardar dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que debió haber sido presentado. En caso de que la extemporaneidad u omisión exceda este plazo, se aplicará la sanción prevista para el caso de omisión en el artículo 55 de esta Ley, o

IV. Incumplan con la obligación de presentar los Avisos sin reunir los requisitos a que se refiere el artículo 24 de esta Ley;

V. Incumplan con las obligaciones que impone el artículo 33 de esta Ley;

VI. Omitan presentar los Avisos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, y

VII. Participen en cualquiera de los actos u operaciones prohibidos por el artículo 32 de esta Ley.

Artículo 54. Las multas aplicables para los supuestos del artículo anterior de esta Ley serán las siguientes:

I. Se aplicará multa equivalente a doscientos y hasta dos mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el caso de las fracciones I, II, III y IV del artículo 53 de esta Ley;

II. Se aplicará multa equivalente a dos mil y hasta diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el caso de la fracción V del artículo 53 de esta Ley, y

III. Se aplicará multa equivalente a diez mil y hasta sesenta y cinco mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, o del diez al cien por ciento del valor del acto u operación, cuando sean cuantificables en dinero, la que resulte mayor en el caso de las fracciones VI y VII del artículo 53 de esta Ley.¹³³

Una vez que se conoce el contenido íntegro de los dos artículos, será materia de atención únicamente la fracción III del artículo 54 y por natural consecuencia las fracciones VI y VII del artículo 53, ya que están previstas en el citado artículo 54 fracción III.

La multa prevista en la fracción III del segundo artículo va de los \$701,000.00 (setecientos un mil pesos 00/100MN) a los \$4, 556,500.00 (cuatro millones quinientos cincuenta y seis mil quinientos pesos 00/100MN) a razón de \$70.10 (setenta pesos 10/100MN) el salario mínimo diario durante el año dos mil quince. Mientras que las conductas que se sancionan son: 1) No presentar los avisos que se imponen en el artículo 17 para cada uno de los supuestos de las actividades vulnerables y 2) Participar en cualquiera de las actividades u operaciones contenidas en el artículo 32 relativo a la prohibición del uso de dinero en efectivo.

También se prevé que en defecto de los montos de las multas, se pueda multar con el diez o hasta el cien por ciento del monto de la operación, lo cual tocará decidir a la autoridad según las circunstancias de cada caso en concreto.

Tales multas son excesivas y no guardan correspondencia con la transgresión que en su caso llegue actualizar el sujeto normativo, pues la primera conducta es la simple omisión de dar un aviso. Para lo cual supóngase que un corredor público no da aviso de haber realizado un avalúo, el cual es considerado actividad vulnerable, pues bien, la omisión de dar tal aviso se puede sancionar con

¹³³ *Idem.*

por lo menos \$701,000.00 (setecientos un mil pesos 00/100MN), dicha cantidad de ninguna forma corresponde al incumplimiento del aviso, pues la simple realización del avalúo no representa siquiera un riesgo de ser usado en la mecánica del blanqueamiento de capitales, tal y como será demostrado en el siguiente capítulo.

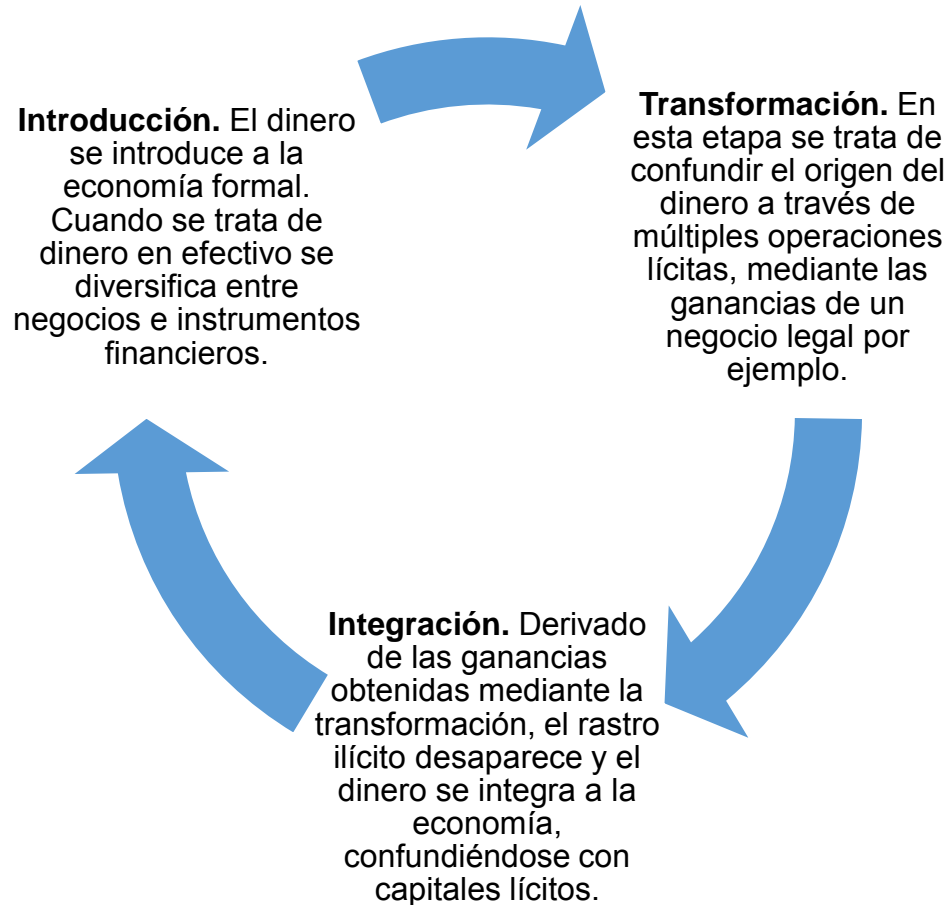
Por otro lado, se ha insistido en los efectos que tiene la prohibición del uso de dinero en efectivo previsto en el artículo 32 y además será debidamente analizado más adelante al revisar el tema de la ineffectividad en el capítulo siguiente, pero por ahora es importante observar que el incumplimiento a tal prohibición de usar dinero en efectivo puede acarrear una multa de hasta \$4,556,500.00 (cuatro millones quinientos cincuenta y seis mil quinientos pesos 00/100MN) o hasta el cien por ciento del valor de la operación realizada con dinero en efectivo, y la multa, de acuerdo a las prescripciones normativas que contemplan la prohibición, se impondría no obstante que se demostrara que la procedencia del dinero es lícita.

Por lo anterior, la autoridad hacendaria encargada de la aplicación de esta Ley tiene la facultad para imponer al sujeto normativo cualquiera de las multas establecidas en caso de que utilice dinero en efectivo en alguna de las operaciones consideradas como vulnerables, no obstante que la persona le demuestre a la autoridad que los recursos dinerarios son lícitos, lo cual es así ya que la Ley no distingue entre el uso de dinero lícito e ilícito, sino que la restricción del uso de dinero en efectivo es categórica.

Derivado de las consecuencias del incumplimiento de la restricción al uso de dinero en efectivo, es que se ha insistido tanto y se continuará insistiendo en el capítulo próximo sobre la necesidad de dotar de los medios más efectivos y eficaces al sujeto normativo para defenderse de estas sanciones. Además se tratará de dar argumentos válidos para apoyar la postura de que el uso de dinero en efectivo de procedencia lícita se está sancionando injustificadamente, lo cual resulta ineffectivo para el combate al lavado de dinero.

Para entender la dimensión práctica del lavado de dinero, así como el análisis de las normas no óptimas que se estudiarán a continuación, es preciso explicar de

modo breve cuál es la mecánica que sigue el lavado de dinero. Diagrama sobre la mecánica del lavado de dinero.¹³⁴



De acuerdo a la doctrina, el lavado de dinero tiene cuando menos tres etapas: la introducción, la transformación y finalmente la integración, las cuales tienen como objetivo no dejar rastro del dinero que tiene un origen ilícito. Por ello, la ilustración del diagrama anterior es sumamente útil, pues ayuda a comprender que el blanqueamiento de capitales no es un actividad que se limite a un plano formal, sino todo lo contrario, el lavado de dinero es una actividad ilícita que trasciende a la realidad y es necesario que se materialice una conducta a través de la cual se pueda introducir, transformar e integrar a la economía formal el dinero proveniente de un delito.

¹³⁴ Cfr. GARCÍA GIBSON, Ramón, *Prevención del lavado de dinero y financiamiento al terrorismo*, INACIPE, México, 2009, Pág. 27.

Por lo tanto, la Ley nacional para prevenir el lavado de dinero dispone ciertas actividades que aunque son enunciadas como vulnerables, la verdad de las cosas es que resultan ser ociosas y no representan de ningún modo un riesgo para ser utilizadas en el blanqueamiento de capitales, pues algunas no tienen si quiera un impacto real, sino más bien son meros actos formales que no trascienden a la economía, al menos no por sí solo como lo dispone la Ley nacional, lo cual será explicado detalladamente continuación en el capítulo tercero al analizar las normas que no son óptimas por ineficaces, inefectivas o ineficientes.

CAPÍTULO 3

Normas jurídicas no óptimas dentro de la Ley antilavado de dinero como causa de transgresión a la certidumbre jurídica del sujeto normativo

3. La aplicación estricta de la norma jurídica, un paradigma en transición

El problema medular que ha guiado el avance de esta investigación es la existencia de normas jurídicas que carecen de ciertos requisitos tales como la

eficacia, la efectividad o la eficiencia en el momento de cumplirse o aplicarse. Pero la mera existencia de este tipo de normas no es realmente el problema central, sino el impacto que tienen esas normas en la esfera jurídica del sujeto es lo que verdaderamente interesa, pues su aplicación puede acarrear ciertas violaciones a sus derechos humanos y garantías constitucionales.

No obstante lo anterior y a pesar de la reforma constitucional del diez de junio del año dos mil once mediante la cual se dio entrada a principios muy importantes como el pro persona, el control de convencionalidad, el de inaplicación, aún sigue existiendo un arraigo al modelo de Estado de derecho que ha predominado desde hace décadas y que se define por la aplicación estricta de las normas vigentes, es decir, una norma jurídica aunque no sea óptima por ser ineficaz, inefectiva o ineficiente debe ser aplicable por estar vigente y formar parte del derecho positivado en las leyes y ordenamientos.

Sin embargo, este paradigma necesariamente debe ser confrontado y gradualmente modificado, para lo cual es importante tomar como punto de partida el nuevo modelo constitucional en materia de derechos humanos y que sin duda será punta de lanza dentro de la propuesta de solución que se da en la presente investigación.

Debe advertirse desde ahora que el paradigma actual no es modificado completamente en cuanto a la aplicación estricta de las normas jurídicas, pues en ocasiones aún cuando sean aplicadas normas que no son óptimas, no se transgrede ningún derecho humano o ninguna garantía individual del sujeto normativo, caso en el cual el paradigma de aplicación estricta prevalece. Pero cuando esto sea diferente, o sea, cuando la aplicación de esas normas no óptimas sí cause una transgresión a los derechos humanos del sujeto, o vulnere sus garantías individuales, entonces el paradigma se confronta y debe ser parcialmente modificado para que la aplicación de las normas sea realizada bajo la interpretación más favorable a los derechos humanos de la persona y con ello se asegure la mayor

protección y eventualmente de ser necesario la inaplicación de las normas contraventoras.

Ahora bien, como sería muy extenso abarcar cuáles derechos humanos y garantías son los afectados con la aplicación de norma no óptimas, es necesario delimitar el vínculo entre aplicación de normas no óptimas con la violación a la garantía de certidumbre jurídica. Pues el respeto a dicha garantía es motivo necesario para dar claridad y suficiencia a todos los ordenamientos jurídicos a fin de que el sujeto conozca sin lugar a dudas el comportamiento o conducta que se espera de él.

Parece muy importante realizar esta vinculación entre aplicación de normas jurídicas no óptimas y certidumbre jurídica, ya que el sujeto debe conocer las reglas del juego como un elemento esencial de su vida en sociedad, pues la gravedad que trae el no conocer con exactitud cuáles son las conductas que puede o no desplegar el sujeto sin ser sancionado es una condición elemental para que cualquier ser humano desarrolle adecuadamente sus planes de vida.

A este respecto se trae a colación lo definido por Miguel Carbonell como seguridad jurídica:

Los derechos de seguridad jurídica son tal vez los que más clara relación guardan con el concepto de Estado de derecho en sentido formal. El Estado de derecho en sentido formal puede entenderse como el conjunto de “reglas del juego” –de carácter fundamentalmente procedimental- que los órganos públicos deben respetar en su organización y funcionamiento internos y, lo que quizá sea todavía más importante para la materia de los derechos fundamentales, en su relación con los ciudadanos. Se trata del concepto *formal* de Estado de Derecho como Estado en el que las autoridades se encuentran sujetas a la ley (o, más en general, a las normas jurídicas).¹³⁵

¹³⁵ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, quinta edición, UNAM-Porrúa-CNDH, México, 2012, Pág. 585.

Entonces, la seguridad jurídica se vislumbra como una de las garantías primordiales que pueden vincularse con cualquier derecho humano, por lo que parece muy relevante dedicar este capítulo al análisis de la transgresión de tal garantía constitucional cuando existe la posibilidad de aplicar normas jurídicas que carecen de eficacia, efectividad o eficiencia.

Ahora bien, se adelantó en el capítulo anterior que para realizar el estudio propuesto servirá como evidencia la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita también conocida como Ley antilavado, por lo que se abordará el análisis bajo la posibilidad real e inminente de aplicación de la norma, más no bajo un caso de aplicación en concreto, lo cual ayuda a realizar un análisis general de problemas bajo los cuales dichas normas son una causa de transgresión de la certidumbre jurídica.

Por lo antes explicado, en este capítulo se analizan ciertas normas jurídicas que se califican como no óptimas, considerando el concepto que se apuntó desde el capítulo primero para calificar así a cierto tipo de normas que no cumplen con los requisitos de eficacia, efectividad o eficiencia. De tal modo, con el análisis que se realiza en este apartado podrá materializarse y poner en contexto fáctico o real las teorías que sostienen los conceptos ya mencionados y su conexión con la incertidumbre que deriva de su aplicación.

Durante el desarrollo del trabajo se utilizaron diversas técnicas de investigación documental como la bibliográfica, hemerográfica, jurisprudencial y legislativa, y si bien es cierto dentro de este capítulo no se encuentran aglutinadas todas ellas, no menos cierto es que sí ayudan a lograr el análisis y reflexión propia de este capítulo. No obstante, principalmente mediante la técnica legislativa basada en “capturar los datos contenidos en constituciones, leyes, códigos, reglamentos y

demás disposiciones legislativas”¹³⁶ se llevó a cabo la construcción de este capítulo, al igual que con el uso de la técnica documental hemerográfica.

Sin embargo, para no soslayar importancia a las demás técnicas de investigación se menciona que en el capítulo primero se echó mano principalmente de la técnica documental bibliográfica que al igual que “las demás técnicas de investigación documental tienen como finalidad captar los adelantos científico-jurídicos en el menor tiempo posible y con los más satisfactorios resultados”¹³⁷. Mientras que en el capítulo segundo se utilizó además de la técnica legislativa, la técnica jurisprudencial lo que permitió “el empleo del método inductivo mediante la evaluación de casos lo que se constituye en instrumento valioso para todo tipo de investigación jurídica”.¹³⁸

De este modo, con la ayuda de las diversas técnicas de investigación mencionadas, se ha podido llegar hasta este tercer capítulo que se centrará en el análisis de ciertas normas jurídicas contenidas en la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita que a consideración de las teorías y doctrina usada previamente en el primer capítulo, se puede afirmar que son no óptimas y su aplicación puede violentar la garantías de certidumbre jurídica del sujeto normativo, tal y como se analiza más adelante.

3.1 Lineamientos para la investigación teórica basada en problema

El problema de estudio es la aplicación de normas no óptimas y su impacto negativo en la certidumbre jurídica del sujeto normativo. Para lograr la delimitación respectiva es utilizada como ordenamiento marco o de evidencia la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 17 de octubre del año dos mil doce y entró en vigor desde el día 17 de julio del año dos

¹³⁶ Ponce de León Armenta, Luis, *Metodología del derecho*, décimo tercera edición, Porrúa, México, 2013, Pág. 116.

¹³⁷ *Ibidem*, Pág. 106.

¹³⁸ *Ibidem*, Pág. 118.

mil trece y que a la fecha sigue en vigor y sin reformas. Por lo tanto, la delimitación espacio-temporal se refiere a México, por ser una legislación vigente únicamente en territorio nacional. Mientras que la temporalidad se encuentra delimitada por el plazo de la publicación y entrada en vigor hasta la fecha, pues no han existido modificaciones a su texto original.

Ahora bien, aunque esta legislación tiene contenido de carácter penal por las actividades ilícitas que contempla, así como fiscal por la intención oculta que connota, no significa que esta investigación tenga aplicación estricta sólo en esas áreas del conocimiento, pues el marco conceptual contenido en el primer capítulo pretende ser útil para el análisis de cualquier norma jurídica, ya que la conceptualización se realizó desde la teoría general del derecho, por lo tanto, la Ley antilavado sirve circunstancialmente como objeto de evidencia, más no como único y principal modelo de análisis de normas jurídicas no óptimas.

La metodología que se desarrolla en esta investigación es basada en un problema y no en un caso, esto implica “un método de aprendizaje basado en el principio de usar problemas como punto de partida para la adquisición e integración de los nuevos conocimientos.”¹³⁹ Por lo tanto, a partir del problema identificado como la existencia y aplicación de normas jurídicas no óptimas, por ser ineficaces, inefectivas o ineficientes se pretendió llegar a la integración de nuevo conocimiento que permita mostrar la incertidumbre jurídica que se causa cuando el sujeto normativo tiene que cumplir, ya sea voluntaria o forzosamente, este tipo de normas. Es decir, se demuestra la causa hipotética que dio origen a la presente investigación y que precisamente es la afirmación de que las normas jurídicas no óptimas transgreden la certidumbre jurídica del sujeto al cual se dirige la norma y en consecuencia pueden llegar a cometerse transgresiones a sus derechos humanos.

¹³⁹ Barrows, H.S., *A taxonomy of problem based learning methods*, *Medical Education*, 20: 481-486. Citado en Morales Bueno, Patricia, Landa Fitzgerald, Victoria, *Aprendizaje basado en problemas*, consultado en su versión electrónica formato PDF el día 10 de octubre del año 2014, Pág. 145, recuperado del link: <http://web.archive.org/web/http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/299/29901314.pdf>

La metodología basada en problema consta elementalmente de ocho pasos los cuales pueden ser resumidos de la siguiente forma:

1. Leer y analizar el problema: se busca que los alumnos entiendan el enunciado y lo que se les demanda
2. Realizar una lluvia de ideas: supone que los alumnos tomen conciencia de la situación a la que se enfrentan.
3. Hacer una lista de aquello que se conoce: implica que los alumnos recurran a aquellos conocimientos de los que ya disponen, a los detalles del problema que conocen y que podrán utilizar para su posterior resolución.
4. Hacer una lista con aquello que no se conoce: este paso pretende hacer consciente lo que no se sabe y que necesitarán para resolver el problema, incluso es deseable que puedan formular preguntas que orienten la resolución del problema.
5. Hacer una lista con aquello que necesita hacerse para resolver el problema: los alumnos deben plantearse las acciones a seguir para realizar la resolución.
6. Definir el problema: se trata concretamente el problema que van a resolver y en el que se va a centrar
7. Obtener información: aquí se espera que los alumnos se distribuyan las tareas de búsqueda de la información
8. Presentar resultados: en este paso se espera que los alumnos que hayan trabajado en grupo estudien y comprendan, a la vez que compartan la información obtenida en el paso 7, y por último que elaboren dicha información de manera conjunta para poder resolver la situación planteada.¹⁴⁰

Así, con los pasos que conforman la metodología basada en problemas se desarrolló la investigación para tratar de aportar una solución a la incertidumbre jurídica que sufre el sujeto normativo cuando se le aplican normas que no son

¹⁴⁰ *Ibidem*, Pág. 154

óptimas. Para ello se utilizó la teoría de los derechos humanos o fundamentales a la luz del nuevo paradigma constitucional que maneja Miguel Carbonell y que sigue una línea común con la teoría garantista de Luigi Ferrajoli, y que si bien es cierto esta última teoría del autor italiano es la cardinal, el hecho de que la solución propuesta en esta investigación se realice a través de la teoría abordada por Miguel Carbonell es resultado de que la misma se encuentra adaptada a la realidad social mexicana, más de ninguna forma se niegan las inmensas bondades y utilidad de la teoría de Luigi Ferrajoli.

Por último, después de demostrar la hipótesis de partida de esta investigación, es decir, que las normas jurídicas no óptimas provocan la incertidumbre jurídica del sujeto normativo, se harán algunas propuesta de solución, las cuales partirán, como ya se dijo, de la teoría de los derechos humanos o fundamentales en el nuevo paradigma constitucional en consonancia con la doctrina que maneja Miguel Carbonell, donde el principio pro persona cobrará importante relevancia, así como el de convencionalidad.

De igual forma, se propondrá el diseño de un modelo de consulta jurisdiccional que facilite conocer al sujeto normativo la interpretación *a priori* de una norma cuando exista alguna contradicción normativa o antinomia y por último se propondrá a manera de esbozo un principio de derecho que encuentra lugar en el nuevo paradigma de los derechos humanos.

A continuación procede el desarrollo y análisis del problema para poder obtener los resultados preliminares, así como su confrontación y finalmente los resultados definitivos que serán materia de análisis en el capítulo cuarto y que por su puesto darán lugar a la formulación de las propuestas ya mencionadas en el párrafo anterior.

3.1.1 Ejes rectores para analizar la eficacia, efectividad y eficiencia

Para poder llevar a cabo el análisis integral del ordenamiento legal que sirve de evidencia, fue necesario delimitar cuáles serían los conceptos básicos que guiarían la consecución del objetivo planteado y los elementos que a su vez los circundan. Así fue como se definió que para analizar la eficacia se tendrían que conocer los antecedentes que dieron lugar al nacimiento de la Ley, las intenciones que tuvo el legislador para la creación de la Ley y los objetivos plasmados en la propia legislación como fines primordiales.

Por su parte, para estudiar la efectividad se acudió al análisis de las posibilidades de cumplimiento y aplicación previstas en la Ley con relación a otros ordenamientos legales, con la finalidad de prevenir que existen ciertas antinomias que lejos de permitir la efectividad en el cumplimiento de las disposiciones legales, colocan en un estado de incertidumbre jurídica al sujeto por no tener claramente definida la conducta que se espera de él, pues existen disposiciones contradictorias entre la Ley marco y otras disposiciones legales igualmente observables.

Por último, la eficiencia fue analizada a través de las mejores opciones de cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley, a partir de los menores costos o esfuerzos posibles y conservando el objetivo o fines plasmados en la legislación. Este concepto se analizó partiendo de la confrontación de obtener el mismo o mejores resultados con menores esfuerzos y costos, ya fueran por el ahorro de gastos de recursos económicos o humanos y reflexionar sobre la posibilidad de optimización de los recursos ya existentes.

3.1.2 Contexto de emisión de la Ley antilavado

Parece importante explicar cuál es el contexto a partir del cual nace la legislación que sirve a esta investigación como evidencia y a través de la cual se podrán analizar los temas relativos a la ineficacia, inefectividad e ineficiencia de las normas, ya que esto ayudará a comprender el sentido y finalidad de la problemática que regula y permitirá su mejor análisis y entendimiento.

Dicho lo anterior debe precisarse que el tema del blanqueamiento de capitales que regula la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita no existe a partir de la emisión de la citada legislación, pues sus antecedentes datan alrededor del año de 1990:

...cuando al Código Fiscal de la Federación se le agregó el artículo 115 bis que prevenía el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, siendo así un delito de eminencia fiscal. Ya para el año de 1995 se reformaron diferentes leyes relativas al sistema financiero como son la de Instituciones de Crédito, la del Mercado de Valores, la General de Organizaciones y Actividades auxiliares del Crédito, la General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y la Federal de Instituciones de Fianzas, todas estas con la finalidad de dotar de facultades a la Secretaría de Hacienda para emitir disposiciones de carácter general para prevenir y detectar actos u operaciones con recursos, derechos o bienes de procedencia ilícita.”¹⁴¹

Es importante mencionar que el blanqueamiento de capitales nació como un delito de preeminencia fiscal, pero posteriormente se incluyó en el catálogo de delitos previstos en el Código Penal Federal:

en la publicación en el Diario Oficial de la Federación del decreto de fecha 13 de mayo del año 1996 cuando se adicionó el artículo 400 bis del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal, cuando el delito de recursos de procedencia ilícita que era calificado eminentemente como fiscal se anexó a la legislación penal, y además se calificó como grave al existir modificaciones al Código procesal penal en el mismo decreto. En el mismo año de 1996, pero el 7 de noviembre se promulgó la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que ligó al delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita para ser sancionado además como delincuencia organizada cuando fuera cometido por tres o más personas en las condiciones apuntadas por dicha legislación¹⁴².

¹⁴¹ Cfr. García Gibson, Ramón, *Prevención del lavado de dinero y financiamiento al terrorismo*, INACIPE, México, 2010, Pág. 71.

¹⁴² Cfr. García Gibson, Ramón, *Op. Cit.* Págs. 72 y 73.

Los antecedentes previstos tanto en el Código Fiscal de la Federación, como en el Código Penal y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada regularon la conducta determinante en la comisión del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Pero mientras tanto, a la par de esto, las disposiciones de carácter general emitidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público regulaban los diferentes actores dentro del sistema financiero a fin de que contribuyeran desde el ámbito de sus actividades, a la prevención e identificación de esta actividad criminal, pero aún dichas disposiciones de carácter general siguieron sufriendo modificaciones:

...7 de mayo de 1997 fueron nuevamente modificadas la Leyes concernientes al sector financiero que habían sido ya reformadas en el año de 1995, pero en esta ocasión con la finalidad de que se dieran reportes a la Secretaría de Hacienda sobre las operaciones y servicios que realizarán con sus clientes y usuarios; reportes que debían responder a ciertos criterios dentro de los cuales se encontraba calificar a clientes de alto riesgo y a los cuales se les aplicaban medios de identificación más detallados para conocer el origen de los recursos y las actividades u operaciones que llevarían a cabo...¹⁴³

Esto contribuyó a que se atendiera el problema del lavado de dinero no sólo desde la sanción a la comisión del delito, sino a la prevención del mismo dentro del sistema financiero, sector donde los esfuerzos siguieron incluso hasta el presente siglo, pues se ha continuado con la emisión de normas de carácter general para establecer directrices que permitan la prevención e identificación de operaciones ilícitas:

“El 28 de noviembre del año dos mil seis se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* las nuevas disposiciones para prevenir el lavado de dinero y

¹⁴³ Cfr. García Gibson, Ramón, *Op. Cit.* Págs. 74 y 79.

financiamiento al terrorismo aplicables a bancos...Los principales rubros de las modificaciones las podemos resumir de la siguiente forma.

- 1) Integración de expedientes.
- 2) Transferencias internacionales.
- 3) Operaciones en dólares de Estados Unidos.
- 4) Perfil Transaccional.
- 5) Clientes de alto riesgo y personas políticamente expuestas.
- 6) Operaciones relevantes (CTR).
- 7) Monitoreo de cinco días.
- 8) Comité de cumplimiento.
- 9) Información de auditoría.”¹⁴⁴

De tal modo, la regulación fue cada vez más precisa ante la problemática que aumentaba exponencialmente por el incremento de la delincuencia organizada, del narcotráfico y de los delitos colaterales que nacen de éste tipo de actividades ilícitas. Sin embargo, un parte aguas se dio durante el sexenio de Felipe Calderón Hinojosa al emprender como política de Estado una supuesta “guerra” contra el crimen organizado para tratar de contrarrestar el delito del narcotráfico.

Este combate frontal con el crimen organizado dejó como resultado decenas de miles de muertos, tanto de criminales como de población civil. La empresa iniciada contra los grupos delincuenciales dio lugar a revanchas bestiales e inhumanas por parte de estos grupos, tal como la acontecida en la plaza central de Morelia, Michoacán, durante los festejos de independencia llevados a cabo el 15 de septiembre del año 2008, donde murieron al menos ocho personas y hubo un centenar de heridos por la explosión de granadas de mano que arrojaron en medio de la multitud, integrantes del grupo criminal que controlaba la zona.¹⁴⁵

¹⁴⁴ García Gibson, Ramón, *Op. Cit.* Págs. 76 y 77.

¹⁴⁵ Periódico la Jornada, del día 27 de septiembre del año 2008. Consultado en su versión electrónica el día 1 de abril del año 2014 mediante el Link:
www.jornada.unam.mx/2008/09/27/index.php?section=politica&article=003n1pol

Así fue, como en medio de la violencia e inseguridad que se vivía en el país, además de una serie de compromisos por cumplir con el Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI por sus siglas) derivado de sus cuarenta recomendaciones,¹⁴⁶ que se gestó la iniciativa con proyecto de decreto relativa a la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y de financiamiento al Terrorismo, nombre con el cual se presentó por parte del Presidente Constitucional Felipe Calderón Hinojosa y la cual quedaría finalmente, después del proceso legislativo, aprobada sin alusión de financiamiento al terrorismo.

Esta legislación fue expedida como una supuesta solución al problema del lavado de dinero, pero además, como forma de cumplir con parte de las recomendaciones del GAFI. Sin embargo, dentro de las normas que la conforman existen algunas disposiciones que hacen dudar seriamente sobre el cumplimiento del objetivo que pretende alcanzar, así como sí determinadas normas contienen una ilocución diferente a la evidente, lo cual afectaría a la eficacia, efectividad y eficiencia de sus disposiciones normativas, como se analiza continuación con las fracciones normativas respectivas.

3.2 Ineficacia de la norma jurídica por no lograr el fin propuesto por la Ley

Desde el capítulo primero de esta investigación se precisó que la eficacia puede ser entendida como la obtención de los efectos u objetivos propuestos por un ordenamiento legal, por lo tanto, si el ordenamiento no consigue sus objetivos planteados se torna ineficaz.

¹⁴⁶ El GAFI emitió una serie de cuarenta recomendaciones que sirven de estándar o como lineamientos para llevar a cabo la prevención del blanqueo de capitales, financiamiento al terrorismo y el financiamiento a la proliferación de armas de destrucción masiva. Para su consulta en el link: http://www.hacienda.gob.mx/inteligencia_financiera/ambito_internacional/grupo%20egmont/NotaNuevasRecomendacionesGAFI_27Mar_2012_VF.pdf
Consultado el 3 de julio del año 2014.

Es útil aclarar ciertas diferencias entre la eficacia y la efectividad, ya que ésta, es decir, la efectividad, también busca que se cumpla con lo preceptuado en el ordenamiento legal, ya sea por la adecuación voluntaria de la conducta del sujeto al contenido de la norma o mediante el cumplimiento coactivo. Sin embargo, la eficacia establece un propósito más general y amplio que el buscado por la efectividad, ya que ésta ayuda a la eficacia a lograr sus fines por medio del establecimiento de objetivos específicos y particulares que pueden identificarse con el cumplimiento de conductas previstas por el propio ordenamiento, mientras que la eficacia plantea un propósito más amplio con las exigencias previstas en las normas que conforman al ordenamiento.

Dicho de otro modo, la efectividad se puede identificar con la adecuación de la conducta del sujeto a las descripciones normativas dispuestas en el ordenamiento, pero no se refiere en sí al cumplimiento de los propósitos de la legislación, ya que tal objetivo es materia de la eficacia del ordenamiento.

Para ejemplificar la diferencia que se aborda, puede traerse a colación las normas contenidas en la Ley anti lavado que disponen la obligación de dar avisos, pudiendo ser éstas efectivas porque el sujeto normativo las cumple debido a la expectativa de sanción que conlleva su incumplimiento, pero el conjunto de tales normas no necesariamente son eficaces, pues carecen de información esencial para conocer el origen de los recursos con los cuales se llevan a cabo las operaciones, por lo tanto, las mismas normas que por un lado son efectivas, por otro lado no contribuyen al cometido de la legislación que es identificar las operaciones con recursos de procedencia ilícita, tornándose entonces como ineficaces.

Para ampliar lo establecido hasta ahora, se sostiene que la Ley anti lavado plantea dentro de sus objetivos primordiales prevenir e identificar las operaciones con recursos de procedencia ilícita para lograr erradicar el lavado de dinero, lo cual pretende lograrse mediante la restricción de uso de dinero en efectivo en ciertas actividades y a través de la identificación de clientes, usuarios y beneficiarios finales en ciertas operaciones denominadas como vulnerables.

De tal manera, el logro de la identificación y prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita para combatir el lavado de dinero será lo que califica de eficaz o ineficaz a la Ley anti lavado, mientras que el cumplimiento de las conductas previstas en las normas que conforman la legislación calificarán a la efectividad del ordenamiento.

3.2.1 Normas de referencia para analizar la ineficacia

Para estudiar a fondo la ineficacia de la Ley antilavado, serán analizados los artículos 14, 17 y 32, los cuales ayudarán a esclarecer sí con estas prescripciones normativas se puede lograr alcanzar el objetivo previsto para identificar y prevenir las operaciones con recursos de procedencia ilícita que ayuden a erradicar el blanqueamiento de capitales. Es oportuno señalar que la elección de estos artículos se debe a que sus prescripciones contienen los ejes rectores que guían a la Ley para obtener su objetivo primordial.

Por su parte, los artículos 14 y 17 son los que enmarcan la decisión del legislador para enunciar como vulnerables ciertas actividades y derivado de las cuales están obligados los sujetos normativos a recabar información y documentación de sus clientes, usuarios y beneficiarios finales en los términos que dispone el artículo 15, sin que éste último sea materia de análisis. Mientras que el artículo 32 dispone la restricción para el uso de dinero en efectivo en determinadas actividades y por ciertos montos, aunque debe advertirse que este último precepto juega un doble papel, ya que impacta igualmente al concepto de efectividad, lo que será explicado posteriormente.

Para dar paso al análisis mencionado, resulta importante introducir en este apartado la transcripción de cada uno de los preceptos aducidos para conocer su contenido textual y posteriormente pasar al análisis correspondiente de cada uno, por lo tanto se comienza por orden con el **artículo 14** que dispone lo siguiente:

Artículo 14. Para los efectos de esta Sección, los actos, operaciones y servicios que realizan las Entidades Financieras de conformidad con las leyes que en cada caso las regulan, se consideran Actividades Vulnerables, las cuales se regirán en los términos de esta Sección.¹⁴⁷

El artículo transcrito regula a las entidades financieras, y por éstas no sólo deben entenderse a los bancos, sino además, cajas de ahorro, sociedades dedicadas a actividades auxiliares del crédito, las sociedades de ahorro y crédito popular; sociedades cooperativas de ahorro y préstamo; sociedades de Inversión; las sociedades dedicadas a sistemas de ahorro para el retiro y seguros, así como de fianzas, además de las dispuestas por la fracción VI del artículo 3 de la Ley.

Bajo este entendido, todas las entidades financieras en sus actos, operaciones y servicios son consideradas como realizadoras de actividades vulnerables, en razón de lo cual están obligadas a identificar y solicitar información detallada de sus clientes y usuarios para ponerla a disposición de la autoridad cuando así lo requiera. Esta norma guarda inmediata relación con las diversas normas de carácter general para bancos emitidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante las cuales se imponen ciertas obligaciones similares, tal y como se pudo advertir al inicio de este capítulo.

Nótese además, que el artículo 14 no hace distinción en cuanto a los montos de las operaciones, tipos de operaciones, periodicidad o alguna otra condición que cualifique o seleccione algún tipo de operaciones y las defina como riesgosas, sino por el contrario, generaliza todos los actos, operaciones y servicios que presten las entidades financieras.

Ante dicha previsión, todo usuario o cliente del sistema financiera está implicado en una actividad calificada como vulnerable por la Ley, lo cual hace que

¹⁴⁷ Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, consultada en su versión PDF en la página web oficial de la Cámara de Diputados Federal mediante el link: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ el día 3 de enero del año 2014. Pág. 6.

su información pueda ser sujeta a fiscalización o revisión por parte de la autoridad. Entonces, calificar como vulnerables a todas las operaciones que lleven a cabo las entidades financieras sirve como instrumento o medio para que la autoridad pueda servirse de las entidades financieras para identificar a los usuarios y clientes, lo cual ya era de por sí usado antes de la expedición de la Ley con las reglas que emitía la Secretaría de Hacienda.

Cabe anotar desde ahora que la identificación de los usuarios y clientes del sistema financiero resulta una importante ventaja y beneficio para lograr la prevención y erradicación del lavado de dinero, pues la información es esencial para lograr mantener controles e identificaciones de los clientes, usuarios y de sus flujos de dinero que mueven dentro de la economía formal a través del sistema bancario y financiero. Por lo tanto, la identificación y obtención de información resulta un medio adecuado para lograr el fin último de la Ley que es combatir el lavado de dinero.

No obstante, la obtención de información del cliente o usuario tal y como está prevista, podría ser optimizada, pues además de solicitar la información que ya está contemplada debería ampliarse la prescripción normativa para obligar a recabar información relacionada con la procedencia del dinero que es ingresado al sistema financiero, ya sea que ingrese en efectivo, transferencia, cheque o cualquier otra forma. Es decir, no debe impedirse que ingrese el dinero al sistema financiero, pues la autoridad tiene los elementos legales para lograr su aseguramiento en caso de ser ilícito, pero sí debe obtenerse la información respectiva del origen del dinero mediante la declaración del cliente o usuario sobre la procedencia de los recursos, y reunida tal información pueda darse a conocer a la autoridad.

Al respecto de la información sobre el origen del dinero, Ramón García Gibson en su libro mediante el cual comenta la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita se cuestiona lo siguiente:

Conocer al cliente es la herramienta fundamental para prevenir el lavado de dinero, ya sea dentro o fuera de las instituciones financieras. Es imposible concebir un programa sólido de prevención si no se cuenta con una policía robusta en la materia. ¿Cómo puedo saber si el dinero con el que un cliente pretende hacer un pago es de origen ilícito, si no sé a qué se dedica, las fuentes de sus ingresos, su perfil transaccional y otros conceptos importantes?¹⁴⁸

De tal modo, la importancia de obtener la información del origen de los recursos cuando menos mediante la declaración del cliente permiten que la autoridad tenga una base inicial para comenzar una eventual investigación en caso de que las operaciones sean sospechosas o riesgosas, y en caso de que la autoridad constate que la declaración emitida por el cliente o usuario sobre el origen del dinero es irreal, entonces surgirá un indicio más o menos sólido de que los recursos pudieran llegar a tener un origen ilícito.

Entonces, la obtención de información e identificación de los clientes y usuarios del sistema financiero comulga con el fin propuesto por la norma jurídica, ya que es un medio que contribuye al combate del lavado de dinero, mediante la prevención y posterior erradicación. No obstante, igual de importante resultaría conocer la información mínima sobre el origen del recurso que entra al sistema financiero, pero sin que se ordene su prohibición, sino por el contrario, permita ser ingresado y con la obligación del cliente o usuario de revelar la fuente del ingreso, lo cual dará mucho más elementos a la autoridad para una eventual investigación.

Por otro lado, las actividades vulnerables que no son realizadas por entidades financieras se encuentran enumeradas dentro de las 15 fracciones del **artículo 17**, pero para efectos de esta investigación se ha decidido elegir únicamente algunas, lo que posibilitará comprender mejor la ineficacia, pues han sido seleccionadas las más comunes o en las que fácilmente podría incurrir un gran número de personas dedicadas a actividades lícitas, pero que al ser identificadas como vulnerables son

¹⁴⁸ García Gibson, Ramón, *Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (comentada)*, INACIPE, México, 2013, Pág. 22.

objeto de las obligaciones previstas en la Ley. Además, se considera que algunas de estas actividades no son un medio significativo para que el crimen organizado obtenga el blanqueamiento de sus capitales.

Primero, es prudente analizar el mandato contenido en el artículo 17, el cual dispone las actividades señaladas como vulnerables y que están sujetas a las obligaciones de identificación que impone el artículo 18, el cual será analizado al desarrollar el tema de eficiencia, pero se transcriben ambos para su lectura, no obstante que únicamente será analizado el primeramente mencionado:

Artículo 17. Para efectos de esta Ley se entenderán Actividades Vulnerables y, por tanto, objeto de identificación en términos del artículo siguiente, las que a continuación se enlistan:

Artículo 18. Quienes realicen las Actividades Vulnerables a que se refiere el artículo anterior tendrán las obligaciones siguientes:

I. Identificar a los clientes y usuarios con quienes realicen las propias Actividades sujetas a supervisión y verificar su identidad basándose en credenciales o documentación oficial, así como recabar copia de la documentación;

II. Para los casos en que se establezca una relación de negocios, se solicitará al cliente o usuario la información sobre su actividad u ocupación, basándose entre otros, en los avisos de inscripción y actualización de actividades presentados para efectos del Registro Federal de Contribuyentes;

III. Solicitar al cliente o usuario que participe en Actividades Vulnerables información acerca de si tiene conocimiento de la existencia del dueño beneficiario y, en su caso, exhiban documentación oficial que permita identificarlo, si ésta obrare en su poder; en caso contrario, declarará que no cuenta con ella;

IV. Custodiar, proteger, resguardar y evitar la destrucción u ocultamiento de la información y documentación que sirva de soporte a la Actividad Vulnerable, así como la que identifique a sus clientes o usuarios.

La información y documentación a que se refiere el párrafo anterior deberá conservarse de manera física o electrónica, por un plazo de cinco años contado a partir de la fecha de la realización de la Actividad Vulnerable, salvo que las leyes de la materia de las entidades federativas establezcan un plazo diferente;

V. Brindar las facilidades necesarias para que se lleven a cabo las visitas de verificación en los términos de esta Ley, y

VI. Presentar los Avisos en la Secretaría en los tiempos y bajo la forma prevista en esta Ley.¹⁴⁹

Por ahora basta que se conozcan las obligaciones de información, ya que más adelante serán analizadas con detenimiento al atender la ineficiencia de sus planteamientos.

En relación a las actividades vulnerables que forman parte de las fracciones normativas del artículo 17 anteriormente transcrito, servirán para demostrar la ineficacia del ordenamiento la actividad descrita en la **fracción IV** que regula el ofrecimiento habitual o profesional de operaciones de mutuo.

IV. El ofrecimiento habitual o profesional de operaciones de mutuo o de garantía o de otorgamiento de préstamos o créditos, con o sin garantía, por parte de sujetos distintos a las Entidades Financieras.

Serán objeto de Aviso ante la Secretaría cuando el acto u operación sea por una cantidad igual o superior al equivalente a un mil seiscientos cinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal;¹⁵⁰

La primer interrogante sería qué debe entenderse por habitual, cuántas operaciones y en qué periodo de tiempo se le puede enmarcar a un sujeto en la

¹⁴⁹ Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, *Op. Cit.*, Pág. 7 y 11.

¹⁵⁰ *Ibidem*, Pág. 8.

realización de esta actividad vulnerable. Además, qué sucede con los mutuos, préstamos u operaciones de garantía que se realicen entre familiares, cónyuges, concubinos, amigos, pues pudieran llegar a realizarse de forma habitual aunque no profesional, pero ¿serían consideradas como vulnerables?

Además, el monto señalado para que la operación sea objeto de aviso ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público asciende a 1,605 veces el salario mínimo general vigente, lo que se traduce en la cantidad de \$112,510.50 (ciento doce mil quinientos diez pesos 50/100MN), esto en razón del monto actual del salario mínimo de \$70.10 (setenta pesos 10/100MN) para el año 2015 en la zona "A". Entonces, si bien es cierto no resulta una suma fácilmente asequible, tampoco es una cantidad que se encuentre fuera de rango para ciertos estratos sociales, los cuales pudieran realizar algunos préstamos por estas cantidades en un periodo más o menos corto de tiempo, por ejemplo un año, pero sin que tal circunstancia necesariamente implique que se realicen las operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Esta fracción normativa encuentra su principal problema en el concepto de habitualidad de las operaciones, pues no procura certeza jurídica al sujeto que las realiza con cierta reiteración, ya que de la norma no es posible advertir cuál es el parámetro para determinar cuándo o en qué supuestos deben ser consideradas habituales las operaciones de préstamo, garantía o mutuo que se realice por más de \$112,510.50 (ciento doce mil quinientos diez pesos 50/100MN). Máxime que el artículo 24 del Reglamento de la Ley dispone que se tendrá por realizado el acto u operación que se describe en esta fracción IV en estudio, cuando se lleve a cabo la suscripción del contrato, instrumento o título de crédito correspondiente, sin importar que haya constancia o no de la transmisión del dinero.

De tal forma, la inseguridad jurídica del sujeto normativo se amplía, pues la sola suscripción de un título de crédito en garantía por encima de la cantidad anotada debe ser objeto de aviso ante la Secretaría de Hacienda y vuelve a surgir la pregunta, cuántas operaciones y en cuánto tiempo se considera habitual.

Entonces, excluyendo aquellos profesionistas dedicados a este tipo de operaciones, las personas que lleven a cabo la suscripción de alguno de estos actos, quizá tres o cuatro veces en un año, será considerada como habitualidad o no, esa es la cuestión que acarrea la incertidumbre de dicha disposición.

Recuérdese que uno de los principales objetivos de la norma jurídica es regular o preceptuar el comportamiento o determinada conducta que un sujeto debe desplegar o comportar de acuerdo al contenido normativo. Pero si la norma jurídica carece de claridad y da espacio a la vaguedad interpretativa, comienza a darse pie a la incertidumbre, pues en estos casos la norma no puede ser cumplida en un solo sentido y sin dudas de lo que se espera del sujeto normativo, por lo tanto, el sujeto encuentra más de una forma de actuar o comportarse ante la norma y con ello se merma su seguridad para evitar la sanción que se prevea por el eventual incumplimiento.

Explicado de otro modo. Si un sujeto lleva a cabo dos operaciones de las descritas en esta fracción dentro del periodo de un mes puede llegar a ser habitual para ese periodo, sin embargo, puede ser que en el resto del año no se ejecute ninguna otra operación, lo cual revelaría que lejos de haber sido habitual fue accidental la operación, aunque coincidió la suscripción de las operaciones en un mismo lapso de tiempo.

Por otro lado, pudiera ser que un sujeto realice cuatro o más operaciones alternas en un periodo de un año, con espacios de entre tres y cuatro meses, pero que ninguna de estas operaciones haya sido profesional, sino todas ellas derivadas de cuestiones accidentales como préstamos familiares, garantías a favor de amigos, etc., en este caso aún cuando la realización de las operaciones se llevó a cabo con más continuidad, una cada tres o cuatro meses, tampoco pudiera ser considerada habitual para el sujeto, ya que todas ellas derivaron de cuestiones accidentales más no usuales de su actividad.

Con lo anterior se trata de hacer evidente que cuanto más brecha exista entre las variantes interpretativas de una norma jurídica, mayor será la incertidumbre jurídica en la que se coloca al sujeto normativo, ya que podrá elegir más de una forma de comportarse ante la descripción contenida en la norma.

De todo esto podemos llegar a la conclusión de que el objetivo principal de la Ley es erradicar el blanqueamiento de capitales mediante la identificación y prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Sin embargo, en lo tocante a esta fracción se deja un margen extenso y arbitrario de los sujetos que pudieran ser incluidos en la exigencia de las obligaciones de información del artículo 18, pues resulta vago el concepto de habitualidad, y por tal vaguedad surge una amplia variedad de interpretaciones posibles.

Por lo tanto, esta fracción normativa acarrea incertidumbre jurídica para los sujetos que deban considerarse como obligados, pues aunque se pretendió hacer una redacción objetiva del precepto al dirigir la atención a las actividades y no propiamente a los sujetos, se generó peligrosamente una vaguedad, ya que ante su descripción pueden darse las más variadas interpretaciones sobre qué se entiende o qué debería entenderse por habitualidad de la operación, y con ello se crea incertidumbre jurídica en el sujeto, puesto que desconoce si su conducta debe ser considerada como habitual o no.

Ante dicho problema de vaguedad difícilmente podrá lograrse el objetivo planteado por la Ley, ya que la descripción normativa no sólo se dirige a las actividades que puedan ser verdaderamente riesgosas para el lavado de dinero, sino que se plantea una descripción normativa muy general y sin precisión adecuada, pues incluso personas que realicen operaciones con recursos lícitos y de forma accidental, pero en varias ocasiones y en diversos periodos de tiempo, carecen de certeza jurídica para saber si incurren en la descripción normativa o no, pues no está determinado con exactitud el elemento de habitualidad, lo que conlleva la incertidumbre del sujeto normativo.

Por lo anterior se considera que no se consigue el propósito planteado para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita, ya que las operaciones contempladas en esta fracción pueden incluir actividades que sean completamente lícitas, lo cual abre una enorme brecha para circunscribir a esta hipótesis normativa una infinidad de operaciones lícitas que no se dediquen al lavado de dinero, pero que la autoridad pueda interpretar que son operaciones habituales y con ello sujetas de la obligación prevista, deformándose de este modo el objetivo y finalidad de la Ley que es identificar y prevenir solamente las operaciones ilícitas y no aquellas que sí son legales.

Siguiendo ahora con la **fracción VIII** del artículo 17, pareciera a simple vista que presenta el mismo problema que la fracción IV respecto al concepto de habitualidad, pero por cuestiones de sintáctica no sucede lo mismo. Al contrario, trasciende el problema de la vaguedad, pero se coloca en un plano de ineficacia práctica, tal y como se explica a continuación.

Pero antes, léase de forma atenta la redacción de dicha fracción:

VIII. La comercialización o distribución habitual profesional de vehículos, nuevos o usados, ya sean aéreos, marítimos o terrestres con un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

Serán objeto de Aviso ante la Secretaría las actividades anteriores, cuando el monto del acto u operación sea igual o superior al equivalente a seis mil cuatrocientas veinte veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal;¹⁵¹

Puede notarse en primer lugar que la redacción, intencional o no, resolvió el problema de la vaguedad en el concepto de habitualidad, ya que define como vulnerable la comercialización o distribución habitual profesional, conjuntándose adjetivos que hacen comulgar lo profesional con lo habitual, por lo tanto, la comercialización o distribución será habitual si es ejercida de manera profesional.

¹⁵¹ *Idem.*

De esta forma, sólo aquellos sujetos que realicen la comercialización o distribución de forma habitual profesional son quienes deben ajustarse a las obligaciones derivadas de esta fracción, con lo cual se sesga la incertidumbre del sujeto normativo al cerrarse las posibilidades de las personas a quienes se dirige la descripción normativa.

No obstante lo anterior, el problema de eficacia se materializa a través de los consumidores, en especial atendiendo a los compradores de vehículos terrestres tanto automóviles como camionetas, discriminando para efectos de la investigación a las motocicletas, camiones y cualquier otro vehículo terrestre, aéreo y marítimo. Pero dicha discriminación responde al hecho de que un gran número de personas económicamente activas tienden a gastar su dinero en la compra de un vehículo por ser una forma cómoda de transporte e incluso un objetivo aspiracional en el común de los mexicanos. Mientras que son menos las personas que gastan su dinero en motocicletas, camiones y vehículos aéreos y marítimos.

De tal suerte, el problema de ineficacia de la fracción que se analiza se traduce en dejar un límite muy bajo en los montos de las operaciones que deben sujetarse a identificación, incluso de las que deben ser tratadas como operaciones vulnerables, aún cuando no deba darse el aviso a la autoridad.

Esto es así, ya que para el año dos mil quince, cuando el salario mínimo en la Zona "A" asciende a \$70.10 (setenta pesos 10/100MN), las operaciones consideradas como vulnerables son aquellas que rebasen tres mil doscientas diez veces el salario mínimo lo cual se traduce en la cantidad de \$225.021.00 (doscientos veinticinco mil veintiún pesos 00/100MN). Mientras que las operaciones que rebasen el doble, o sea, seis mil cuatrocientas veinte veces el salario mínimo que suma la cantidad de \$450,042.00 (cuatrocientos cincuenta mil cuarenta y dos pesos 00/100MN) serán consideradas como operaciones vulnerables sujetas de aviso a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Ahora bien, el problema de las operaciones consideradas como vulnerables es que las personas que vendan los vehículos deberán recabar de los compradores

sus datos de identificación y corroborarlos, para lo cual tienen la obligación de obtener copias de la documentación oficial que demuestre que la información que proporcionan los clientes es verídica. Con tal información debe elaborarse un expediente, ya sea físico o digital, y estará bajo el resguardo, archivo y custodia del vendedor por el lapso de cinco años, situación que genera costos extras y vuelve ineficiente la operación comercial de los vendedores, como será analizado a detalle más adelante cuando se hable de ineficiencia.

Pero además, el problema de la baja cuantía del monto que fue fijado por el legislador para considerar como operaciones vulnerables las que rebasen las cantidades mencionadas en párrafos anteriores, es que la mayoría de agencias automotrices de diversas y variadas marcas ubican el grueso de sus ofertas al público con precios que exceden los \$225.021.00 (doscientos veinticinco mil veintiún pesos 00/100MN). Por lo tanto, de todas estas operaciones se deben recabar información y eventualmente puedan ser revisadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Para corroborar la información anterior, se eligieron diez de las marcas más comunes en el mercado automotriz mexicano que ofrecen vehículos al público en general y sin tratarse de marcas premium, sino marcas que consideran opciones tanto de bajo costo como algunas de lujo, pero sin que su objetivo de mercado sean precisamente los automóviles lujosos o premium.

Las marcas elegidas fueron: Nissan, Ford, Chevrolet, Volkswagen, Honda, Toyota, Mazda, Renault, Peugeot y Hyundai, eligiendo de cada una de las marcas sus autos y camionetas en las versiones más básicas o económicas de cada gama o modelo¹⁵².

De Nissan se eligieron 21 modelos y el 47.61% de sus ofertas son consideradas como vulnerables en razón de sus precios, mientras que el 28.57% son consideradas como operaciones sujetas a obligación de aviso a la autoridad

¹⁵² Los datos e información incluida en esta parte de la investigación respecto a las marcas automotrices corresponde al año 2014, relativa al primer semestre de ese año.

hacendaria y sólo un 23.80% de sus ofertas son libres de obligaciones. En suma, más del 75% de sus operaciones, tomando como referencia sus precios, son consideradas como vulnerables para la autoridad hacendaria, lo cual es completamente inútil, pues la identificación debería centrarse en las operaciones más raras, tomando en cuanto cantidades altas, volúmenes de unidades altos o en periodicidades de tiempo cortas y no así en montos ínfimos como sucede hasta ahora.

El ejemplo de Nissan no es aislado, pues Ford tiene un 44.44% de sus ofertas consideradas como vulnerables y 38.88% como vulnerables sujetas a aviso, superando en total el 80% de operaciones consideradas vulnerables. Incluso marcas como Honda y Peugeot superan el 85% de las ofertas que pueden ser consideradas como vulnerables. Ni una sola de las marcas elegidas se encuentra excluida de la obligación de identificar a sus clientes, pues todas ofrecen vehículos que rebasan la cantidad de \$225.021.00 (doscientos veinticinco mil veintiún pesos 00/100MN), con lo cual tienen la obligación de recabar la información de los clientes que adquieran vehículos por encima de estas cantidades.

Con estos datos se puede llegar apriorísticamente a la conclusión que la norma no se dirige a las operaciones más vulnerables para el lavado de dinero, sino a un campo bastante extenso de transacciones que están fuera del objetivo de la delincuencia organizada y que no les sería útil para blanquear capitales. Pero por otro lado, no pasa inadvertido el hecho de que la autoridad hacendaria obtiene a través de este tipo de disposiciones un cúmulo bastante amplio de información de gran parte de la población económicamente activa, la cual es un objetivo importante para la recaudación.

Entonces, puede afirmarse que no se cumple con el objetivo plasmado por la Ley para prevenir e identificar operaciones con recursos ilícitos, pues se cataloga como vulnerable la adquisición de vehículos atendiendo únicamente al monto de la transacción, especialmente a montos tan bajos e insignificantes, que no permiten la identificación ni la prevención del lavado de dinero, pues la mayoría de las operaciones debe ser identificables, lo cual se convierte en un cúmulo exorbitante

de operaciones, en vez de identificar excepcionalmente aquellas operaciones que por su monto significativo, por su volumen o por la constancia y recurrencia puedan ser verdaderamente usadas como mecanismo para el blanqueamiento de capitales.

Pero además, el hecho de que se fije un monto tan bajo y en operaciones aisladas, es decir, operaciones en las que un cliente compra un solo vehículo a la vez por periodos de tiempo prolongados, más allá de un año cada compra, difícilmente puede servir como mecanismo para el lavado de dinero y financiamiento a la delincuencia organizada, pues las ganancias que obtiene el crimen organizado son millonarias y en lapsos cortos de tiempo, por lo que necesitan mecanismos en los cuales laven grandes cantidades en periodos cortos de tiempo.

De tal modo, puede advertirse desde ahora que la identificación indiscriminada de todos los clientes que adquieran vehículos por encima de los \$225.021.00 (doscientos veinticinco mil veintiún pesos 00/100MN) no es un mecanismo eficaz para prevenir e identificar operaciones con recursos de procedencia ilícita, ya que los montos designados como vulnerables son demasiado bajos en comparación con las cantidades que el crimen organizado requiere lavar.

Igualmente, la periodicidad en que un mismo cliente puede adquirir vehículos es un recoveco pasado por alto, ya que un cliente, que en efecto se dedique al blanqueamiento de capitales, puede adquirir en diversos periodos de tiempo, mensualmente por ejemplo y en diferentes agencias varias unidades con precios por debajo del monto establecido como vulnerable y acumular en el lapso de un año cantidades que si sean atractivas para lavar dinero, pero al haber realizado operaciones por debajo de los montos y en diferentes agencias no existe la obligación siquiera de identificarlo. Esto abre un horizonte claro para afirmar que por sí solos los montos fijados por el legislador para tildar como vulnerable a las actividades resultan ineficaces para poder cumplir con el fin de prevenir y erradicar el lavado de dinero.

No pasa inadvertido el penúltimo párrafo del artículo 17 de la Ley, el cual establece que si una persona que realiza actos u operaciones por una suma acumulada en un periodo de seis meses que eleve los montos previstos en cada supuesto para dar avisos, podrá ser considerada como obligada para presentar los mismos.

Esto no afecta la línea de ejemplificación abordada, pues en el caso de las operaciones de compraventa de vehículos quienes se encuentran obligados son las agencias automotrices, pero sólo deben identificar los clientes que realicen operaciones por encima de los montos, sin que ello implique identificar a los que realizan operaciones en más de una ocasión pero por montos más bajos.

Pero además, el cliente puede acudir a diferentes agencias de diferentes marcas sin que éstas se encuentren obligadas a tener un sistema vinculado de identificación que les permita conocer los antecedentes de las adquisiciones del cliente, salvo algunos casos cuando las agencias pertenecen al mismo grupo empresarial, pero esta circunstancia será meramente operacional y no por disposición legal, por lo cual no es exigible.

Por lo tanto, la ineficacia de la fracción VIII se desprende de la estipulación de montos tan bajos y nada concordantes con las verdaderas operaciones de lavado de dinero, en las que se busca blanquear millones de pesos, también de dólares y de otras divisas, pero en lapsos cortos de tiempo y no mediante operaciones aisladas y por montos irrisorios, pues el objetivo del blanqueamiento de capitales es que los delincuentes puedan gozar y disponer de los recursos a través de actividades u operaciones simuladas como lícitas, lo cual no se consigue con la compra de vehículos de precios insignificantes.

Esta fracción, al igual que algunas otras que serán analizadas más adelante, da luz para identificar las intenciones reales del legislador y que son eminentemente de carácter fiscalizador. Para identificar las erogaciones de la mayor parte de los clientes posibles, con lo cual conseguirán la información de aquellos sujetos que posean una capacidad contributiva para el Estado, pues alguien que adquiere un

vehículo por encima de los \$225.021.00 (doscientos veinticinco mil veintiún pesos 00/100MN) sin duda obtiene un ingreso que no está exceptuado de pago de impuestos, máxime que es la propia Secretaría de Hacienda y Crédito Público a quien se le debe proporcionar la información, lo que hace por demás evidente la intención fiscalizadora para fines recaudatorios que tienen este tipo de disposiciones, alejándose del objetivo de erradicar el lavado de dinero.

Igualmente se ve confirmada la intención fiscalizadora que se comentó en líneas anteriores al realizar un análisis de la **fracción XI** relativa a la prestación de servicios profesionales independientes que no configuren relación de trabajo. Sin embargo, antes de realizar la ilustración de tal disposición, es necesario aclarar que se encuentran diversos supuestos comprendidos en cinco incisos, de los cuales solamente se han elegido 2 actividades y esto responde al hecho de que tales actividades pueden ser tan ordinarias y comunes que difícilmente pueden usarse como mecanismos de blanqueamiento de capitales. Pero además, la vaguedad de los conceptos utilizados en las disposiciones que se analizarán de inmediato, vuelven a convertirse en un problema que permite fácilmente la discrecionalidad de la interpretación por la falta de precisión.

Para comenzar, léase detenidamente el contenido normativo de la fracción XI, incisos a) y e):

XI. La prestación de servicios profesionales, de manera independiente, sin que medie relación laboral con el cliente respectivo, en aquellos casos en los que se prepare para un cliente o se lleven a cabo en nombre y representación del cliente cualquiera de las siguientes operaciones:

a) La compraventa de bienes inmuebles o la cesión de derechos sobre estos;

e) La constitución, escisión, fusión, operación y administración de personas morales o vehículos corporativos, incluido el fideicomiso y la compra o venta de entidades mercantiles.

Serán objeto de Aviso ante la Secretaría cuando el prestador de dichos servicios lleve a cabo, en nombre y representación de un cliente, alguna operación financiera que esté relacionada con las operaciones señaladas en los incisos de esta fracción, con respeto al secreto profesional y garantía de defensa en términos de esta Ley;¹⁵³

Para comenzar, la fracción en análisis determina como una actividad vulnerable para ser usada como mecanismo de lavado de dinero la prestación de servicios profesionales, de manera independiente, sin que medie relación laboral, cuando se prepare para un cliente o se lleven a cabo en nombre y representación del cliente cualquiera de las operaciones enunciadas en los incisos.

Saltando inmediatamente a la vista el concepto **prepare**, pues de nueva cuenta se presenta el problema de la vaguedad de los conceptos usados en las disposiciones normativas. Pues ¿qué debe entenderse por preparar?, es un concepto tan poco delimitado que genera un amplio problema de incertidumbre ante la discrecionalidad que puede manejar el intérprete de la norma para darle el significado, sea cual sea, pues no es un concepto normativo del cual se pueda obtener su significado en alguna otra norma.

El motivo de insistir en la vaguedad de las palabras –conceptos- elegidas por el legislador para confeccionar las normas, es que el conjunto de enunciados que forman esas palabras influyen de manera directa en la esfera jurídica del sujeto normativo, quien se encuentra en seria desventaja e incertidumbre ante la interpretación que puede llegar a atribuirle la autoridad. De ahí que el análisis de la vaguedad que se aborda en este espacio sirve y resulta aplicable a las demás fracciones normativas que sufren del mismo problema.

Por lo tanto, es importante poder comprender qué es la vaguedad y para definir tal concepto se recurre a Manuel Atienza, quien la define como:

“un defecto en el lenguaje que afecta gravemente a los conceptos. Puede analizarse en un plano intensional o connotativo y en un plano extensional o denotativo. La

¹⁵³ *Ibidem*, Pág. 8.

intención de un concepto es el conjunto de propiedades que lo caracterizan, y su extensión o referencia el campo de aplicabilidad del mismo.”¹⁵⁴

Es decir, un concepto se aprecia por su intención y extensión, la primera responde a las notas constitutivas o descriptivas del concepto, mientras que la segunda responde a la aplicación concreta de ese concepto en determinadas circunstancias o características.

Por ejemplo, si se piensa en el concepto Tribunal de Alzada, la intención es definir un órgano colegiado revisor conformado por juzgadores, mientras que la extensión del concepto se deriva de definir a cuáles órganos colegiados revisores conformados por juzgadores les aplica la denominación Tribunal de Alzada.

En cambio, si se piensa en el concepto Tribunal de Alzada Civil, se tiene la intención de definir un órgano colegiado revisor de asuntos atinentes al derecho civil conformado por juzgadores, de tal forma que la extensión se ve reducida y será dar significado a los órganos colegiados revisores de asuntos atinentes del derecho civil, con exclusión de aquellos que vean otras materias.

El ejemplo anterior busca dar cuenta que mientras más clara y definida se encuentre la intensionalidad del concepto, mejor y más precisa será la extensionalidad del mismo, es decir, su aplicación.

Manuel Atienza explica el problema de la vaguedad de la siguiente manera:

El significado de un concepto (aquí nos interesan las palabras que designan conceptos) se determina estableciendo su intención y su extensión. Y la *vaguedad* consiste precisamente en que es posible que la intención y/o la extensión de los conceptos no esté bien determinada. Hay vaguedad intensional cuando las propiedades connotadas no pueden determinarse exhaustivamente. Hay vaguedad

¹⁵⁴ Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, séptima edición, México, Fontamara, 2011, Pág. 18.

extensional cuando la indeterminación afecta al campo de la aplicación del concepto.¹⁵⁵

Entonces, el concepto **prepare para un cliente** advierte un serio problema de vaguedad intensional, pues extensionalmente se encuentra mayormente definida al señalar el campo de aplicación –cliente- así como los supuestos en que se debe aplicar el concepto –actividades y operaciones contempladas en los incisos-, pero no se tiene definida la intensionalidad.

El problema de vaguedad intensional del concepto **prepare para un cliente**, trasciende al plano fáctico si se hace un escrutinio detenido de cada una de las actividades y operaciones enunciadas en los incisos, pero como ya se adelantó, únicamente serán analizadas dos actividades, la compraventa de bienes inmuebles o la cesión de derechos sobre estos y la constitución de personas morales.

Por un lado, en relación a la compraventa de inmuebles o cesión de derechos sobre estos, ¿qué debe entenderse por preparar una compraventa o una cesión de derechos sobre bienes inmuebles para un cliente?, comprende realizar únicamente un contrato de compraventa o de cesión de derechos, o va más allá y debe comprenderse que preparar es cuando el sujeto normativo gestiona la búsqueda del inmueble, negocia el precio, realiza trámites relativos a la regularización del inmueble para poder trasladar el dominio del inmueble, y realiza actividades colaterales para poder ejecutar la compraventa.

Es decir, cuáles actos o actividades están comprendidos en la intensionalidad del concepto **preparar** una compraventa o cesión de derechos para un cliente. Ese es el punto álgido del problema, la connotación que el intérprete otorgará a la palabra preparar, tan amplia o restringida como cada sujeto lo decida, es decir, se traduce en una decisión de libre albedrío.

¹⁵⁵ *Ibidem*, Pág. 19.

Piéñese en un ejemplo común. Un cliente solicita los servicios de un asesor inmobiliario, quienes no necesariamente son abogados pero sí se dedican profesionalmente al corretaje de bienes inmuebles. El corredor lleva a cabo todos los actos atinentes a “preparar” la operación para adquirir el inmueble solicitado por el cliente. Desde la búsqueda de la casa, hasta la elaboración de formatos de documentos relacionados con la misma, como pueden ser cartas de intención y oferta, acuerdos compromisorios, contratos privados de compraventa, gestión ante fedatario público para escrituración, etc. En este caso, lo verdaderamente importante para identificar, prevenir y erradicar una operación de lavado de dinero no es toda la mecánica anterior, sino el origen del recurso a través del cual se va a adquirir el inmueble, de ahí que la preparación de la compraventa o cesión de derechos sea intrascendente para el combate del lavado de dinero.

De tal modo, la expresión **preparar para un cliente** una compraventa o cesión de derechos sobre bienes inmuebles concede a la autoridad una amplia discrecionalidad y coloca al sujeto normativo en estado de incertidumbre, pues el concepto es sumamente vago intensionalmente al no determinarse cuáles son las notas constitutivas del concepto. Por lo tanto, no existe certeza en cuáles casos los actos o actividades deben entenderse comprendidos en este concepto de **preparar para un cliente**.

Incluso, podrían admitirse interpretaciones completamente opuestas o extremas, por un lado entender que preparar es cualquier actividad relacionada con la compraventa o cesión de derechos de un bien inmueble lo que equivaldría a pensar que incluso las personas que participan en la gestoría de trámites administrativos de la compraventa o cesión fueran sujetas a la observancia de la norma. Pero, por otro lado, la interpretación contraria sería que únicamente las personas quienes intervinieran en todas las actividades posibles para lograr la venta o la cesión fueran las obligadas.

La fracción analizada abre un surco amplísimo de incertidumbre jurídica en el sujeto normativo, pues no se determina con meridiana claridad o exactitud el comportamiento o conducta que se le exige cumplir, sino que deja al arbitrio del

intérprete una apreciación subjetiva que puede dar lugar a abusos y lejos de constreñir al sujeto al cumplimiento exacto de la descripción normativa, abandona la certeza ante la discrecionalidad de la aplicación o cumplimiento, lo cual provoca que esta norma se vea permeada de ineficacia.

La ineficacia surge en el momento en que a cualquier sujeto que intervenga de modo importante o no, de forma decisiva o no, en general, cualquier persona que intervenga en la preparación para un cliente sobre compraventa o cesión de derechos de un inmueble pueda aplicársele la norma. Olvidando que el objeto primordial de la Ley anti lavado es erradicar el blanqueamiento de capitales, caso para el cual debería existir una discriminación de los objetivos a perseguir, incluidos únicamente los que realmente generen un riesgo o sean propensos para el lavado de dinero y no cualquier persona, sin importar la trascendencia o no de la intervención que haya tenido.

De tal modo, el hecho de que el concepto **prepare para un cliente** sea tan general, se aparta de la eficacia para conseguir que únicamente sean identificadas las operaciones con recursos de procedencia ilícita, así como las personas que las realicen. Siendo inocuo pretender que la identificación de todas las personas que intervengan en una operación de este tipo ayudará a conseguir la identificación y prevención de operaciones con recursos ilícitos.

Por otro lado, en cuanto a la constitución de personas morales, es tan ineficaz para el objetivo perseguido, que por sí misma hace evidente la intención recaudatoria que conlleva la disposición y da cuenta de que no tiene ningún ánimo verdadero en dirigirse al debilitamiento de la estructura financiera de los grupos criminales, sino que primordialmente se encuentra dirigida a obtener información de contribuyentes en potencia. Pues la constitución de una persona moral es un acto formal que no genera un riesgo real para el blanqueamiento de capitales, pues serán sus operaciones y el origen de los recursos que se empleen en las mismas lo que verdaderamente pueda crear un riesgo.

En la actualidad, la constitución de una persona moral de naturaleza mercantil, por ejemplo una Sociedad Anónima, ya no tiene una cantidad mínima con la cual pueda fundarse, se quitó el capital mínimo legal de cincuenta mil pesos que anteriormente estaba establecido como capital mínimo fundacional. Debido a esto, ahora puede constituirse una Sociedad Anónima con cualquier suma de dinero por más baja que sea sin restricción alguna, de ahí que la mera constitución sea un acto formal que difícilmente puede tenerse la certeza de que impacte o no en la economía.

Tal parece que a partir de la entrada en vigor de la Ley anti lavado, es una actividad vulnerable y sujeta a la fiscalización de la autoridad ser empresario, de cualquier giro, rama, actividad y por cualquier importe que sea el capital fundacional de la empresa (persona moral).

Entonces, de dónde proviene el riesgo de lavar dinero con una sociedad anónima que se forma con un capital de mil o dos mil pesos. La verdad, es que en ésta investigación no ha podido descubrirse, pues ni en la exposición de motivos ni en los protocolos internacionales que previenen las acciones anti lavado disponen algo siquiera similar, pues se considera que la simple constitución de una empresa no significa un riesgo para blanquear dinero.

Además, cabe la posibilidad de que ciertas personas morales que se constituyen nunca operan en realidad y se quedan como empresas de papel, o bien, sí llegan a operar, los montos transaccionales son muy bajos y sin riesgo alguno para ser usadas en el blanqueamiento de capitales, de ahí que la falta de selección y determinación precisa de actividades reales que puedan ser usadas para el lavado de dinero acarrea la ineficacia de la Ley, al no lograrse el objetivo primordial de identificar y prevenir operaciones con recursos de procedencia ilícita.

No debe confundirse el monto que se establece para dar avisos, pues la cantidad o condición prevista para dar aviso a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público no descalifica lo vulnerable de la actividad. De modo tal, que esta actividad

por la simple constitución de la persona moral es calificada como vulnerable y sujeta de identificación y fiscalización de la información rendida ante el fedatario público, como se comprende en los apartados A y B del mismo artículo 17 de la Ley que se analiza.

Se considera que una forma real y eficaz en que puede llegarse a la identificación de las operaciones con recursos de procedencia ilícita que manejan las empresas es mediante los montos de sus activos, fijo o circulante, así como la determinación de su procedencia. Dicho de otro modo, para el lavado de dinero no se necesita simplemente constituir una persona moral, sino además se necesita empoderarla económicamente con activos, ya sea en dinero, en propiedades inmueble como parte de su infraestructura o en intangibles como podrían ser títulos invertidos en el mercado bursátil, inversiones, etc., y todo esto, además de que sus montos fueran atractivos y de gran volumen, con un origen injustificado. De esta forma podría entonces pensarse que la constitución de una persona moral pudiera llegar a ser idónea para lavar dinero, más no la constitución de cualquier empresa.

Por lo tanto, si el legislador incluyó indiscriminadamente como actividad vulnerable la constitución de personas morales, sin distinguir notas importantes que verdaderamente vinculen dicha actividad con la mecánica para el lavado de dinero, se vuelve ineficaz la disposición normativa al no ser un medio para lograr el éxito del objetivo buscado que es combatir el lavado de dinero y la identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Pues la mera constitución de personas morales de ninguna forma conlleva la identificación de actividades u operaciones con recursos de procedencia ilícita, sino más bien, mantiene identificados a los sujetos que pueden ser potenciales contribuyentes para el pago de impuestos, lo que hace evidente la ilocución recaudatoria de estas normas.

Hasta aquí puede concluirse que las actividades analizadas y que son catalogadas como vulnerables, de ninguna forma son un medio para lograr el objetivo perseguido por la Ley y con ello surge a la vista la ineficacia de tales disposiciones normativas. Además, no debe soslayarse que el último párrafo de esta

fracción XI no distingue monto para que sea clasificada como vulnerable la actividad, pero sí distingue que serán objeto de aviso aquellas operaciones en las que el prestador lleve a cabo en nombre y representación del cliente alguna operación financiera relacionada. Sin embargo, no debe perderse de vista que esta condición aplica únicamente para dar aviso, sin que ello sea obstáculo para que se clasifique como vulnerable la actividad en los términos que se analizó anteriormente, pues una cosa es la calificación que el legislador da como vulnerable a la actividad en sí misma y otra la obligación de dar aviso a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Entonces, el hecho de que una actividad sea calificada como vulnerable cobra relevancia al momento en que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tiene la facultad de solicitar la información relacionado con esa actividad si se superan los montos previsto en cada una de las fracciones en el plazo de seis meses o bien, si no tiene previsto un monto, como sucede en el caso que nos ocupa, tal y como se encuentra previsto en el penúltimo párrafo del artículo 17 en estudio y que es del siguiente tenor:

Los actos u operaciones que se realicen por montos inferiores a los señalados en las fracciones anteriores no darán lugar a obligación alguna. No obstante, si una persona realiza actos u operaciones por una suma acumulada en un periodo de seis meses que supere los montos establecidos en cada supuesto para la formulación de Avisos, podrá ser considerada como operación sujeta a la obligación de presentar los mismos para los efectos de esta Ley.¹⁵⁶

Siguiendo con el análisis de las actividades enunciadas como vulnerables, dentro de la **fracción XII, apartado A** del mismo artículo 17, se encuentran previstas como vulnerables ciertas actividades encomendadas a Notarios Públicos, entre las cuales se haya de nueva cuenta la constitución de personas morales, pero a diferencia de la descripción analizada en el inciso e) de la fracción XI que se atendió

¹⁵⁶ Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, Op. Cit., Pág. 11.

con antelación. Dentro del apartado A, inciso c), segundo párrafo, de la fracción XII que nos ocupa ahora, sí se delimitó un monto para que sea materia de aviso, no obstante, *per se* fue catalogada como actividad vulnerables la misma actividad, pero en esta norma el sujeto normativo es diferente, es decir, en esta descripción normativa los sujetos obligados a dar los avisos son los notarios públicos. Léase:

A. Tratándose de los notarios públicos:

c) La constitución de personas morales, su modificación patrimonial derivada de aumento o disminución de capital social, fusión o escisión, así como la compraventa de acciones y partes sociales de tales personas.

Serán objeto de Aviso cuando las operaciones se realicen por un monto igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal;¹⁵⁷

Por lo tanto, un mismo hecho mantiene una doble regulación, calificando como vulnerable repetidamente una misma operación y obligando a dos (o más) sujetos normativos distintos a cumplir la misma norma, o al menos, un supuesto normativo idéntico, siendo esto infructuoso, ya que bastaría que uno sólo, en este caso el notario público, fuera quien identificara a los clientes y usuarios, así como el origen del recurso del capital fundacional, y esto último sería lo más importante para poder identificar aquellas operaciones verdaderamente riesgosas o propensas de ser utilizadas para lavado de dinero.

Así, esta fracción normativa resulta ineficaz, ya que los fines de prevención e identificación de las operaciones con recursos de procedencia ilícita para el combate al lavado de dinero no se materializan ni mucho menos se vislumbran al identificar los usuarios, clientes o beneficiarios de los servicios notariales para la constitución de una persona moral, pues dentro de las obligaciones que tiene el notario público no se encuentra la de solicitar información a los socios fundadores para que acrediten la procedencia del origen del dinero con el cual funden la sociedad, por lo tanto, con esta norma no se contribuye a la finalidad de identificar

¹⁵⁷ *Ibidem*, Pág. 9.

operaciones con recursos de procedencia ilícita, ya que atiende a la identificación de la operación, pero no a la del recurso posiblemente ilícito.

Se insiste en el hecho de que la persona moral por sí sola, como acto de fundación es meramente formal y se basa en la suscripción de un contrato que no tiene efectos económicos por sí solo. Por ello, se afirma que, para que las sociedades impacten en la vida económica, hace falta que tengan una actividad y acumulen en mayor o menor medida un activo, pero en el caso de las destinadas al lavado de dinero es común que el activo sea económicamente considerable para que permita mantener un flujo de operaciones importantes que permitan entonces blanquear capitales cuantiosos en poco tiempo, lo cual es útil a los intereses delincuenciales.

Ante todo, no debe perderse de vista que la importancia medular de las personas morales en el lavado de dinero es la constante operación de flujos de capital tan considerables y constantes que hagan imperceptible, por lo común de su operación, la entrada de grandes cantidades de dinero. De ahí que la eficacia para identificar y erradicar el blanqueamiento de capitales radique en la identificación del origen de los recursos con los cuales operan en el día a día las empresas y no en la simple constitución de la persona moral, pues no se tiene el mismo riesgo para el blanqueamiento de dinero con una persona moral que su operación anual llega a menos de un millón de pesos, en comparación a aquellas que operan con varias decenas de millones de pesos al año, por lo tanto, la norma es ineficaz al obligar a identificar a todas las constituciones de sociedades y no sólo aquellas que en verdad representan un riesgo.

Por último, incluso más irrisorio que los supuestos anteriores, son algunas de las actividades vulnerables que se disponen en la misma **fracción XII**, pero ahora en el **apartado B, inciso a) b) y d)** tratándose de corredores públicos, que a la letra rezan de la siguiente forma:

XII. La prestación de servicios de fe pública, en los términos siguientes:

B. Tratándose de los corredores públicos:

a) La realización de avalúos sobre bienes con valor igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal;

b) La constitución de personas morales mercantiles, su modificación patrimonial derivada de aumento o disminución de capital social, fusión o escisión, así como la compraventa de acciones y partes sociales de personas morales mercantiles;

d) El otorgamiento de contratos de mutuo mercantil o créditos mercantiles en los que de acuerdo con la legislación aplicable puedan actuar y en los que el acreedor no forme parte del sistema financiero.

Serán objeto de Aviso ante la Secretaría los actos u operaciones anteriores en términos de los incisos de este apartado.¹⁵⁸

Esta es una de las disposiciones normativas más sorprendentes, en sentido negativo por supuesto, ya que no se entiende, ni haciendo un ejercicio de verdadera abstracción y malicia de pensamiento, cómo la simple realización de un avalúo sobre bienes (cualquier bien, mueble o inmueble) pueda llegar a contribuir o convertirse en un mecanismo para el lavado de dinero. Más bien, con el señalamiento de este tipo de actividades, supuestamente vulnerables, se confirma, con cierto descaro en la ilocución legislativa, el verdadero afán recaudatorio que conllevan estas disposiciones normativas aparentemente dirigidas a la prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Se explica lo anterior, porque la realización de un avalúo responde usualmente al interés que se tiene de conocer el valor de un bien que pretende ser sujeto de alguna operación, comúnmente de enajenación, ello con la finalidad de sentar una base económica en la cual oscile el precio de venta o transmisión.

¹⁵⁸ *Ibidem*, Pág. 10.

De este modo, si la autoridad hacendaria se entera que existe la realización de un avalúo igual o superior a ocho mil veinticinco días de salario vigente, es decir, igual o mayor a \$562,552.50 (quinientos sesenta y dos mil quinientos cincuenta y dos pesos 50/100MN) tendrá una alerta casi inmediata de una posible operación que, seguramente, estará sujeta al pago de contribuciones por la enajenación que pueda suscitarse, pero además, tendrá una alerta inmediata de los ingresos que puedan estar sujetos a contribución tanto del que enajena o transmite el bien como del que lo adquiere.

Ante esta clara evidencia, lejos de que la realización de un avalúo sobre bienes con valor igual o superior a los ocho mil veinticinco días de salario vigente sea un riesgo que contribuya a ser utilizado en la mecánica del lavado de dinero, desvela un interés y fin diverso al dispuesto por la Ley para prevenir e identificar las operaciones con recursos de procedencia ilícita para combatir el lavado de dinero.

En relación al inciso b) que se transcribió y que corresponde de nueva cuenta a la constitución de personas morales, merece la misma reflexión que se hizo con antelación al atender las actividades de los notarios públicos en dicha actividad, así como de los profesionistas que preparen la constitución de una persona moral. Por lo tanto, lo único que valdría la pena sumar es que a diferencia de los notarios públicos, los corredores tienen la obligación de dar aviso de la constitución de cualquier persona moral independientemente de los montos por los que se realice la constitución, a diferencia de los notarios públicos que adquieren la obligación únicamente cuando la operación sea igual o rebase ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

En este punto cabría cuestionar, a caso depende de cuál de los dos fedatarios públicos constituya la persona moral para que el lavado de dinero se propicie más o menos y entonces deba regularse de forma diferente, pues el fin es exactamente el mismo, la creación de una persona jurídico colectiva. No obstante, el legislador le dio más atención o carga al corredor y más libertad al notario, ya que por un lado el notario público le pone una cantidad para que tenga que dar aviso,

mientras que al corredor no le pone ninguna cantidad, en razón de lo cual tendrá que dar aviso siempre que se constituyan personas morales ante su fe.

Por lo tanto, la ineficacia no sólo se da por regular como vulnerable a la simple constitución de la persona moral, sino además, en el caso de los corredores públicos no existe una discriminación positiva derivada del monto de las constituciones, sino que todas deberán ser consideradas como vulnerables, situación que pone en evidencia la falta de cumplimiento del propósito de identificar y prevenir las operaciones con recursos de procedencia ilícita, pues debe darse aviso de todas las constituciones de personas morales y no sólo de aquellas que impliquen un riesgo para el lavado de dinero.

Por último, el otorgamiento de contratos de préstamo mercantil, mal llamado mutuo mercantil, son consideradas operaciones vulnerables y sujetas de ser notificadas a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. En esta actividad u operación cabe advertir que no hay un monto a partir del cual se tenga la obligación de dar avisos, por lo cual se entiende que los avisos son de acuerdo al tipo de operación y no por el monto, lo que vuelve ineficaz esta disposición normativa para la consecución del fin buscado para erradicar e identificar las operaciones con recursos de procedencia ilícita.

La ineficacia se actualiza al momento de no realizar una adecuada determinación y diferenciación de cuáles operaciones de préstamo, ya sea por su monto, por la falta de justificación del origen de los recursos, por la periodicidad con la que se llevan a cabo o por cualquier otra característica similar que vuelva riesgoso o sospechoso el préstamo mercantil para ser usado como mecanismo para el blanqueamiento de dinero, pues no es la misma repercusión o vulnerabilidad de un préstamo de cien mil pesos que un comerciante persona física le hace a otro comerciante de manera eventual y aislada, que una serie de préstamos usuales y reiterados que una persona moral no perteneciente al sistema financiera realiza por montos de gran valor o que en conjunto suman grandes cantidades y que además son reintegradas con réditos e intereses, pero incluso, en este supuesto, las

características de la operación únicamente ayudarían a identificar una operatividad riesgosa, más no recursos ilícitos, pues esto sólo deviene de la investigación pertinente.

De tal modo, el legislador trató de formular prescripciones normativas que por sí solas no ayudan ni siquiera a identificar actividades riesgosas, sino más bien identifican el grueso de actividades que imaginó como vulnerables, pero dentro de las mismas actividades no aisló aquellas operaciones que por sus características propias sirvan o contribuyan más al lavado de dinero que otras que contribuyen a la economía nacional, con lo cual no sólo no se alcanza la finalidad propuesta, sino además se contraviene el fin por el cual se concibió la legislación que es proteger la economía nacional.

De esta forma, nuevamente se puede observar que la identificación de todos los contratos de préstamo mercantil, independientemente del monto, eventualidad con la que se realicen, justificación del origen de los recursos, etc., son tratados como vulnerables para el lavado de dinero, situación que es irreal y no cumple con el objetivo de verdaderamente erradicar el lavado de dinero, incluso ni siquiera cumple con el de identificar las operaciones con recursos de procedencia ilícita, pues indiscriminadamente se identifican todos los préstamos otorgados ante corredores públicos, dando por sentado que todos son un riesgo para lavar dinero, lo cual no corresponde a la realidad y convierte en ineficaz dicha disposición normativa.

Contrario a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el préstamo mercantil tiene como uno de sus objetivos, al ser una operación o acto de comercio, conseguir ganancias o especulación, pues es parte de su naturaleza mercantil. De la mano con esta ganancia se encuentra la obligación de tributar conforme a la riqueza que se genera por el préstamo, sin embargo, antes de la Ley anti lavado los préstamos que se formalizaban ante corredores públicos o fedatarios no eran conocidos por la autoridad hacendaria, lo cual impedía o al menos hacía muy difícil que se identificaran los réditos e intereses obtenidos de préstamos que no fueran otorgados por entidades del sector financiero.

Entonces, surge nuevamente la señal casi irrefutable de la intención desviada y diferente del objetivo de prevenir y erradicar del lavado de dinero y más bien se advierte con mucha claridad que la autoridad hacendaria se encuentra empoderada de facultades para recibir toda la información posible de actos y actividades que puedan ser materia de fiscalización y recaudación, más no surge contundentemente una medida en contra de actos y actividades que si pueden representar un riesgo latente para el lavado de dinero.

Entonces, el gran cúmulo de avisos sin que se fijen criterios mediante los cuales puedan diferenciarse actividades riesgosas o sospechosas de las que no lo son, vuelve ineficaz a estas normas, pues no sólo serán identificadas las posibles operaciones con recursos de procedencia ilícita, sino todas. Respecto a este tema del gran volumen de avisos que deban darse a la autoridad Ramón García Gibson señala:

Dar avisos sólo por los montos de las operaciones que se realizan podría saturar a la UIF -Unidad de Inteligencia Financiera por sus siglas- de reportes que le será difícil analizar en su totalidad. Así sucede hoy, algunas instituciones financieras reportan cientos de miles de operaciones relevantes al trimestre. Para alcanzar mayor calidad y eficiencia habría sido deseable seguir el modelo de reporte de operaciones inusuales, que se generan cuando, en términos generales, se rompe el perfil de lo declarado por el cliente al inicio de la relación comercial y durante su comportamiento transaccional.¹⁵⁹

No obstante que el autor se refiere a la eficiencia, que sin duda se ve afectada por la gran suma de recursos que deben emplearse para analizar tantos avisos, la eficacia de tales disposiciones igualmente se ve afectada, pues los citados avisos no se ven diferenciados entre los que identifican operaciones con recursos de procedencia ilícita y los que no, sino simplemente se generaliza y se trata de identificar a todos, lo cual no es el objetivo de la Ley.

¹⁵⁹ García Gibson, Ramón, *Op. Cit.*, Pág. 22.

También es oportuno señalar que en el curso de la investigación surgió una duda razonable e incluso necesaria de cuestionar. ¿Qué sucede con las actividades que contemplan los giros negros, los centros de espectáculos, antros, cantinas, restaurantes, centros nocturnos, los negocios dedicados a la producción, comercio y distribución de armas, etc.?¹⁶⁰ Y es que “al acotar dichas actividades se dejaron fuera muchas que también son vulnerables a la comisión de operaciones de lavado de dinero”¹⁶¹ y por otro lado, “las actividades establecidas en la Ley como vulnerables no por fuerza son negocios establecidos que se diseñaron sin excepción, con el fin de lavar dinero.”¹⁶²

Derivado de tal reflexión, puede afirmarse que la falta de una adecuada selección de criterios de las operaciones que en verdad podrían resultar vulnerables, hace que se vuelva ineficaz la norma relativa a la identificación, ya que se identifican todas las operaciones y no sólo las que puedan tener relación con recursos de procedencia ilícita, lo cual además criminaliza la actividad, al dar por sentado que es vulnerable por el sólo hecho de realizarla y no por el origen del dinero con el cual se realiza la operación

Tampoco se da importancia a ciertas actividades que pueden ser más vulnerables incluso que las que se encuentran contempladas, pues ninguna de las fracciones del artículo 17 de la Ley prevé alguna actividad de las que fueron cuestionadas en párrafos anteriores, lo cual sirve como una evidencia más para demostrar que la ilocución del legislador es totalmente diversa a la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita. Sino más bien, la finalidad alterna es la obtención de información para la fiscalización y recaudación, lo cual trae consigo que no se consiga el objetivo planteado y se consume la ineficacia, al menos por lo que se refiere a las fracciones normativas que se han

¹⁶⁰ Cfr. García Gibson, Ramón, *Prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo*, Op. Cit., Pág.120

¹⁶¹ García Gibson, Ramón, *Ley federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita*, Op. Cit., Pág.19.

¹⁶² *Ibidem*, Pág. 20 y 21.

analizado, pues éstas no contribuyen única y principalmente a la finalidad de combatir el blanqueamiento de capitales.

No pasa inadvertido en la investigación lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley, el cual establece lo siguiente:

Artículo 39. La información que derive de los Avisos que se presenten ante las autoridades competentes, será utilizada exclusivamente para la prevención, identificación, investigación y sanción de operaciones con recursos de procedencia ilícita y demás delitos relacionados con éstas.¹⁶³

No obstante lo dispuesto en este artículo, tampoco debe pasarse por alto que la autoridad a quien debe darse los avisos e información derivada de las actividades vulnerables que han sido analizadas es la propia Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la cual por antonomasia tiene fines de recaudación y fiscalización. De modo tal, aun cuando en la legislación se prevé que la información debe ser usada para fines de prevención, identificación, investigación y sanción de operaciones con recursos de procedencia ilícita, no se revierte el hecho de que la autoridad cuente y se quede con la información de las operaciones y de los sujetos que las realizan, y que en algunos casos pueden ser sujetas de contribución y con lo cual adquieran la información suficiente, aunque no la usen formalmente, para iniciar sus facultades de fiscalización.

Hasta este punto se puede afirmar que las fracciones normativas que han sido analizadas resultan ineficaces, pues aún cuando se cumplieran puntualmente con las obligaciones impuestas con cada norma, ello no significa el logro del fin propuesto relativo a la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita para la eventual erradicación del blanqueamientos de capitales, máxime que entre el cumplimiento de los enunciados prescriptivos y el fin fijado por

¹⁶³ *Ibidem*, Pág. 16

la Ley no existe un nexo que ayude a lograr la consecución del objetivo impuesto por el legislador, por lo tanto, las normas analizadas son ineficaces.

Pero, una vez que está determinada la ineficacia de estas normas, debe atenderse a su trascendencia en la esfera jurídica del sujeto normativo, de lo contrario la investigación se limitaría a un plano eminentemente formal, lo cual no es la intención.

3.2.2 Incertidumbre jurídica derivada de la ineficacia analizada

La ineficacia en el caso que ocupa el análisis antes realizado se conecta con la incertidumbre jurídica del sujeto normativo en cuanto a que el objetivo o finalidad propuesta por la ley no se consigue, e incluso se transforma en una intención alterna a la planteada, con lo cual el sujeto aun cuando cumpla, su conducta no contribuye con el objetivo planteado sino con uno distinto, de ahí que no existe coincidencia entre el medio y el fin, sino más bien, surge el desconocimiento del verdadero objetivo o finalidad que conlleva cumplir o no las prescripciones normativas.

Para explicar lo anterior, se debe partir del hecho que la legislación anti lavado tiene como objetivo primordial prevenir e identificar operaciones con recursos de procedencia ilícita, sin embargo, ninguna disposición a lo largo de todo su contenido dispone que deba recabarse información y documentación relativa con el origen del dinero o de los recursos con los cuales se llevan a cabo las operaciones. Es decir, no obstante que esta legislación tiene –o debería tener- como finalidad vertebral identificar las operaciones con recursos de procedencia ilícita, no dispone el deber para recabar información del origen de los recursos con los cuales se llevan a cabo las operaciones vulnerables, lo cual ayudaría al menos a priori a determinar la procedencia de los mismos, y esto puede advertirse como una primera señal de que la legislación tenga otra intención diferente a la discursiva.

Entonces, el sujeto normativo se encuentra obligado a dar avisos de sus clientes, usuarios y beneficiarios finales, pero no se encuentra obligado a recabar

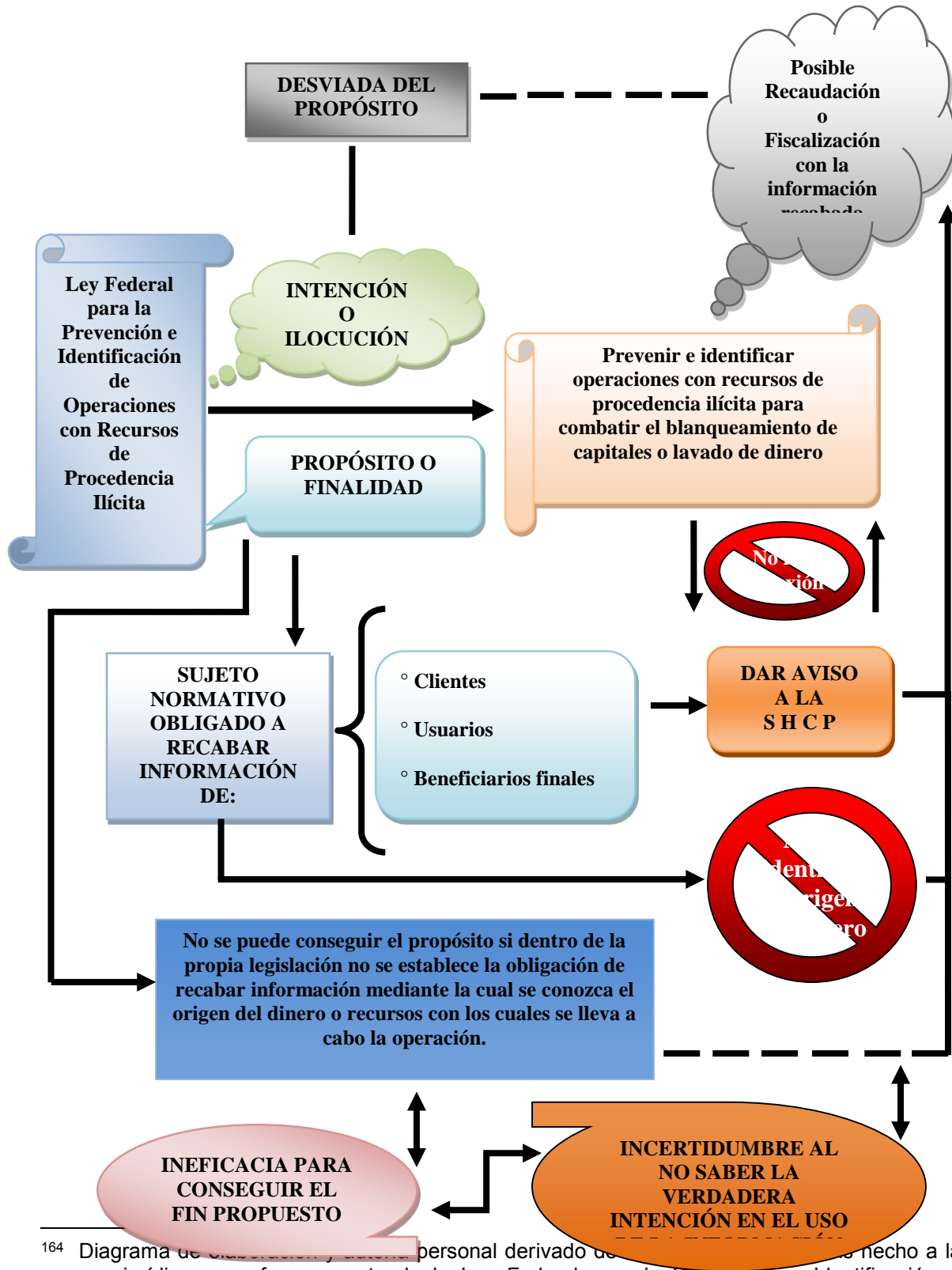
información del origen de los recursos que éstos ocupen en las operaciones, y se aclara en esta parte que no se pretende imponer cargas sin sentido a los sujetos normativos, pues bastaría que dentro de los datos que se recaben se solicite una manifestación del origen de los recursos y en este caso se vuelve a aclarar, no para configurar algún tipo por una eventual falsedad, sino más bien para poder tener un punto de partida dónde investigar el origen de los recursos.

De este modo, si la autoridad tuviera una declaración del cliente, usuario y/o beneficiario sobre la procedencia del dinero, también tendría la base de partida para su investigación, y si tal declaración fuera mendaz, entonces la autoridad podría configurar una presunción de que los recursos podrían llegar a ser ilícitos, salvo prueba en contrario (*iuris tantum*), situación que daría clara evidencia que la legislación busca la procedencia de los recursos y no el mayor número de operaciones en forma indiscriminada como sucede ahora.

De tal suerte, genera incertidumbre cuál es la ilocución o intención que verdaderamente busca o promueve la legislación, pues se pudo observar que algunas normas tienen fines fiscalizadores o recaudatorios más allá de lograr el combate al lavado de dinero. Por lo tanto, ni el sujeto obligado, ni sus clientes, usuarios y beneficiarios finales conocen a ciencia cierta y sin lugar a dudas la verdadera intención y finalidad que conlleva el dar información y los avisos a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, ya que no coincide la prescripción normativa con el objetivo de identificar y prevenir operaciones con recursos de procedencia ilícita para el combate al lavado de dinero.

Así entonces, la incertidumbre jurídica aparece con el desconocimiento del destino o finalidad de la información recabada con el discurso del combate al blanqueamiento de capitales de dinero, cuando evidentemente con las normas analizadas se apreció que no se cumple éste fin, aún y cuando el sujeto normativo cumpliera estrictamente con su contenido.

Si se tratara de ilustrar la incertidumbre jurídica de la que se habla, podría identificarse con el diagrama¹⁶⁴ que se propone de la siguiente forma:



¹⁶⁴ Diagrama de flujo personal derivado de la información recabada y hecho a las normas jurídicas que forman parte de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y que se abordan en este apartado.

Con el diagrama anterior se trata de explicar que la ley tiene una finalidad o propósito aparente, es decir, según éste ordenamiento pretende identificar y prevenir operaciones con recursos de procedencia ilícita para combatir el lavado de dinero. Para cumplir con este propósito aparente, la ley impone al sujeto la obligación de identificar a sus clientes, usuarios y beneficiarios más no establece nada al respecto de recabar información relacionada con el origen de los recursos o del dinero con el cual se lleva a cabo la operación vulnerable, de esta forma el aviso que se da a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público es relacionada con los clientes, usuarios o beneficiarios, más no con el origen del dinero.

Por otro lado, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público obtiene información de los clientes, usuarios y beneficiarios finales del sujeto normativo respecto de actividades que no concuerdan con el objetivo de prevenir e identificar el blanqueamiento de capitales, sin embargo, la obligación del sujeto para dar los avisos prevalece, no obstante que no concuerde.

De lo anterior se conduce a la certeza de que la autoridad conoce toda la información para poder elegir personas, físicas o morales, a quienes pueda iniciarles facultades de comprobación con más información útil para el éxito de la recaudación, pues aunque no use formalmente la información recabada al amparo de esta legislación, ello de ningún modo impide que la autoridad ya la conozca y entonces fácticamente pueda usarla, no obstante que pudiera no existir alguna constancia del uso que se haga de la misma.

En tal orden de ideas, se puede afirmar con meridiana seguridad, que la ley tiene una ilocución alterna o desviada del fin propuesto para combatir el lavado de dinero, por lo tanto, se coloca en seria incertidumbre jurídica al sujeto normativo, así como a sus clientes, usuarios y beneficiarios, ya que no conocen a ciencia cierta el

destino del uso de la información recabada, pues la misma no coincide ni contribuye a lograr el fin propuesto por la ley.

Hasta aquí se concluye el análisis de la ineficacia de ciertas normas contenidas dentro del ordenamiento anti lavado, y a continuación se dará paso al tema de la inefectividad, la cual afecta a ciertas disposiciones contempladas en la misma legislación y que especialmente se dirige a la injustificada prohibición del uso de dinero en efectivo para determinadas actividades.

3.3 Inefectividad por la prohibición del uso de dinero en efectivo¹⁶⁵

Desde el capítulo primero de esta investigación se precisó que la efectividad de la norma se adquiere mediante el cumplimiento o mediante la aplicación de las normas jurídicas. El cumplimiento se da cuando el sujeto interioriza y reconoce la disposición normativa y se sujeta a su contenido, conformando su comportamiento a lo precisado por la prescripción de la norma. Sin embargo, para que se dé la adecuación voluntaria es necesario que el sujeto normativo pueda tener ante sí una sola posibilidad de cumplimiento o bien, aunque sean varias opciones de cumplimiento que todas ellas se dirijan hacía un mismo fin que no contravenga la conducta requerida al sujeto, de lo contrario se genera incertidumbre en su esfera jurídica pues se le coloca entre una o más normas jurídicas contradictorias que pretenden regular un mismo comportamiento, con lo cual se contraponen la conducta regulada.

Lo anterior, resumido en palabras sencillas, significa que no deben existir normas prohibitivas y permisivas para el mismo supuesto o conducta regulada, bajo

¹⁶⁵ Las ideas centrales que se desarrollan dentro de este apartado fueron expuestas en el XV Congreso Nacional y V Latinoamericano de Sociología Jurídica denominado "*Conflictividad en Latinoamérica; nuevos desafíos jurídicos y sociales para la región*", los días 2, 3 y 4 de octubre del año 2014 en la Universidad Nacional de Rosario Argentina, dentro de la Comisión de trabajo número 7 "*Los derechos humanos, discriminación y conflictos sociales*" con la ponencia intitulada "*La ley anti lavado en México, un ejemplo claro de la violación a la seguridad jurídica del ciudadano*".

riesgo de incertidumbre jurídica en el sujeto normativo e ineffectividad en su cumplimiento.

Por otro lado, la aplicación, que es el otro aspecto componente de la efectividad, se presenta cuando el sujeto normativo no cumple voluntariamente con el comportamiento preceptuado y ante su incumplimiento es necesario hacer efectivo de forma coactiva la observancia de la norma mediante la aplicación forzosa por parte de la autoridad encargada de hacerlo. Pero en relación a este aspecto del cumplimiento coactivo por parte de la autoridad encargada de aplicar la norma debe reflexionarse un aspecto similar al que sucede cuando existen normas contrapuestas, pues la aplicación también resulta afectada.

Se considera lo anterior de esa forma, ya que la autoridad encargada de hacer cumplir la norma jurídica no deja de aplicarla aunque se encuentre contrapuesta con otra, por el contrario, es una práctica acostumbrada que la autoridad se limite formalmente a la aplicación de la ley, más cuando se trata de autoridades administrativas, no obstante que exista una contradicción entre diversas disposiciones que coloquen al sujeto normativo entre una permisón y una prohibición, por citar un ejemplo. Esta forma de actuar de las autoridades corresponde a un criterio reacio al nuevo paradigma constitucional en materia de derechos humanos que dispone la interpretación pro persona y la posible inaplicación de normas contraventoras de derechos humanos.

Lo anterior significa que las autoridades, principalmente aquellas que no pertenecen al poder judicial, aunque las autoridades que si forman parte de la judicatura no escapan por completo al problema, continúan con el paradigma de la aplicación estricta de las normas, *la ley es dura pero es ley*, con la aplicación tajante de leyes sin mayor reflexión en caso de antinomias.

Este paradigma arcaico no se ajusta de forma dúctil al nuevo paradigma de los derechos humanos que consagró la Constitución Política a partir de la reforma del diez de junio del año 2011, de ahí que surja esta parte de la investigación como

una forma de crítica al viejo paradigma con la finalidad de facilitar una reflexión que permita explicar el nuevo paradigma que poco a poco debe ir madurándose en nuestro país. Además, se emitirán consideraciones útiles para evitar incertidumbre en el sujeto cuando dos o más normas colisionan por ser inefectivas.

Lo anterior se basa en el hecho de que las autoridades encargadas de aplicar las normas lo hacen en la mayoría de las veces sin miramientos de que puedan existir otra u otras normas que conceden al sujeto normativo el derecho de actuar de forma diferente a la contenida en la norma que debe ser aplicada. Entonces, este problema suele resolverse hasta una sede judicial, en la cual se interpreta cuál de las normas debe prevalecer y cual deberá ser inaplicada. Sin embargo, los perjuicios que lleguen a causarse por todo el tiempo que transcurre hasta dicha resolución son soportados o repercutidos al sujeto normativo y se le trata como un responsable del incumplimiento, situación que deviene en detrimento para él.

Apuntadas estas breves líneas introductorias en el tema de la efectividad se continúa con el análisis de las normas que serán analizadas en cuanto a su inefectividad y para ello serán útiles los artículos 18, 21 y 32 de la Ley antilavado. Por lo cual, en uso del método sistemático se transcribirán a continuación los citados preceptos en el siguiente orden:

Artículo 21. Los clientes o usuarios de quienes realicen Actividades Vulnerables les proporcionarán a éstos la información y documentación necesaria para el cumplimiento de las obligaciones que esta Ley establece.

Quienes realicen las Actividades Vulnerables deberán abstenerse, sin responsabilidad alguna, de llevar a cabo el acto u operación de que se trate, cuando sus clientes o usuarios se nieguen a proporcionarles la referida información o documentación a que se refiere el párrafo anterior.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, Op. Cit., Pág. 12

Esta primera norma impone al sujeto normativo la obligación de recabar información de sus clientes y usuarios de los servicios que preste. Por otro lado, para poder determinar cuál es la información que debe ser recabada se acude al contenido del artículo 18 en las primeras tres, de sus seis fracciones, que establece parte de las obligaciones de identificación:

Artículo 18. Quienes realicen las Actividades Vulnerables a que se refiere el artículo anterior tendrán las obligaciones siguientes:

I. Identificar a los clientes y usuarios con quienes realicen las propias Actividades sujetas a supervisión y verificar su identidad basándose en credenciales o documentación oficial, así como recabar copia de la documentación;

II. Para los casos en que se establezca una relación de negocios, se solicitará al cliente o usuario la información sobre su actividad u ocupación, basándose entre otros, en los avisos de inscripción y actualización de actividades presentados para efectos del Registro Federal de Contribuyentes;

III. Solicitar al cliente o usuario que participe en Actividades Vulnerables información acerca de si tiene conocimiento de la existencia del dueño beneficiario y, en su caso, exhiban documentación oficial que permita identificarlo, si ésta obrare en su poder; en caso contrario, declarará que no cuenta con ella;¹⁶⁷

Puede observarse en esta disposición que la información que se debe obtener de los clientes o usuarios es básicamente de identidad, saber con quién se realiza la operación. Mientras que si se entabla una relación de negocio estable y no transitoria debe solicitarse información relativa a su actividad u ocupación, y por último, en caso de que el cliente o usuario no vaya a ser el beneficiario final, se debe solicitar información quien vaya a ser el dueño beneficiario final.

¹⁶⁷ *Ibidem*, Pág. 11

Entonces, volviendo a lo dispuesto por el artículo 21, el sujeto normativo adquiere la obligación de identificar a las personas con las cuales lleve a cabo actividades vulnerables y debe abstenerse, sin ninguna responsabilidad, de llevar a cabo el acto u operación de que se trate cuando sus clientes o usuarios se nieguen a proporcionar la información o documentación requerida. Esta consecuencia o sanción se comprende en razón de volver obligatoria la recolección de la información, pues de lo contrario se trataría de una norma imperfecta por carecer de sanción o consecuencias, de acuerdo a lo expuesto en el primer capítulo.

Sin embargo, no se entiende cuál es la causa por la cual debe dejarse de realizar un negocio u operación si la información que se recaba sobre la identidad del cliente o usuario, al final poco o nada sirve para identificar la procedencia ilícita de los recursos, pues toda la información se relaciona con la identificación del cliente o del beneficiario, pero no se refiere al origen de los recursos.

Entonces, el hecho de evitar las operaciones con aquellos clientes que no se identifiquen fomenta una desaceleración económica en la operación de las empresas y comerciantes, sin que la identificación de su identidad sea un medio eficaz para identificar, prevenir y erradicar las operaciones con recursos de procedencia ilícita tal y como se pudo advertir en el apartado anterior. Por lo tanto, esta prohibición causa mayores desventajas y pérdidas económicas, en comparación con los supuestos beneficios que se deberían obtener para el combate al lavado de capitales.

Pero además, no debe perderse de vista que la efectividad se dirige al cumplimiento por parte del sujeto normativo, y entre más discrecionalidad u oportunidades de simularlo o evadirlo exista, menos será la efectividad de la disposición. Es decir, quienes requieren lavar dinero asisten al uso de otras personas como prestanombres, lo cual no se logra evitar con ninguna de las disposiciones de la Ley, ya que ninguna norma regula que independientemente de verificar la identidad del sujeto, deba identificarse el origen del recurso.

Y es precisamente esto, la identificación del origen del recurso, lo que limitaría las posibilidades de simular el cumplimiento, pues en el supuesto caso de que una persona utilizara testaferros como interpósita persona para lavar su dinero, el prestanombres además de su identidad debería tener la obligación de declarar la procedencia de los recursos con los cuales hace la operación, y en dicha declaración debería aportar toda la información necesaria y suficiente para que se conozca el origen del dinero. Ahora bien, esto no significa que tenga que exhibir medios de prueba estrictos, sino más bien flexibles y funcionales para que la autoridad tenga una fuente u origen para investigar en caso de que la operación fuera objeto de revisión por sospechosa.

Lo que se trata de explicar es que resulta mucho más difícil e incluso poco probable identificar los recursos de procedencia ilícita si únicamente se identifican a los clientes, usuarios y beneficiarios de los sujetos normativos que realizan actividades vulnerables. Mientras que sería efectivo que además de las personas se identificará el origen o procedencia del dinero implicado en las operaciones y en ese caso sí valdría la pena prevenir que los sujetos que realizan actividades vulnerables evitaran realizar la operación cuando no se diera la información relativa a la procedencia del dinero, pues en este hipotético caso, la negativa de revelar el origen del dinero sería un indicador o cuando menos un inhibidor que dificultaría usar las citadas actividades vulnerables como mecanismo para el lavado de dinero.

Con lo anterior no se afirma que al declararse el origen del dinero se va a lograr inhibir por completo las operaciones con recursos de procedencia ilícita pero cuando menos la autoridad tendría información útil para comenzar una investigación.

Basta concluir que el artículo 21 mediante el cual se prohíbe que los sujetos que realizan actividades vulnerables eviten realizarlas con los clientes o usuarios que no se identifiquen, poco o nada suma a la efectividad de la norma, pues el cumplimiento se puede simular a través de un tercero que preste su nombre, mientras que el origen del recurso seguiría siendo difícilmente identificable y

desconocido. Mientras tanto, esta prohibición de celebrar las operaciones lleva a declive las operaciones económicas de las empresas o comerciantes, ocasionando mayor afectación económica en comparación a los beneficios que pueden esperarse con tal prohibición.

A continuación será materia de atención el **artículo 32**, el cual dispone la prohibición al uso del dinero en efectivo cuando se trate específicamente de siete actividades de las enumeradas como vulnerables, pero no todas ellas serán materia de este análisis, sino únicamente tres. Pero cabe mencionar que la restricción al uso de dinero en efectivo en sí misma resulta inadecuada e inefectiva y contraviene de pactos internacionales, aunado a la colisión de normas que produce con el derecho interno, tal y como será analizado a lo largo de este apartado.

Las actividades que se abordarán son precisamente la constitución de derechos reales y personales sobre inmuebles y vehículos, lo cual servirá como marco de referencia, así como evidencia para demostrar la inefectividad de la prohibición al uso de dinero en efectivo. Para lo anterior, se transcribe a continuación como sigue:

Artículo 32. Queda prohibido dar cumplimiento a obligaciones y, en general, liquidar o pagar, así como aceptar la liquidación o el pago, de actos u operaciones mediante el uso de monedas y billetes, en moneda nacional o divisas y Metales Preciosos, en los supuestos siguientes:

I. Constitución o transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles por un valor igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación;

II. Transmisiones de propiedad o constitución de derechos reales sobre vehículos, nuevos o usados, ya sean aéreos, marítimos o terrestres por un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación;

VII. Constitución de derechos personales de uso o goce de cualquiera de los bienes a que se refieren las fracciones I, II y V de este artículo, por un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, mensuales al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación.¹⁶⁸

Esta norma establece una prohibición para el sujeto normativo de dar cumplimiento a obligaciones y, en general, liquidar o pagar, así como aceptar la liquidación o el pago, de actos u operaciones mediante el uso de monedas y billetes, en moneda nacional o divisas y metales preciosos, cuando se trate de constitución o transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles; transmisiones de propiedad o constitución de derechos reales sobre vehículos, nuevos o usados, ya sean aéreos, marítimos o terrestres; y constitución de derechos personales de uso o goce sobre inmuebles y vehículos.

Sin embargo, en forma contraria a esta modulación deóntica de prohibición¹⁶⁹, se encuentra otra norma que previene la permisón sobre el mismo objeto y precisamente se encuentra en la Ley Monetaria que dispone:

Ley monetaria de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 7º.- Las obligaciones de pago de cualquier suma en moneda mexicana se denominarán invariablemente en pesos y, en su caso, sus fracciones. Dichas obligaciones se solventarán mediante la entrega, por su valor nominal, de billetes del Banco de México o monedas metálicas de las señaladas en el artículo 2o.

No obstante, si el deudor demuestra que recibió del acreedor monedas de las mencionadas en el artículo 2o. bis, podrá solventar su obligación entregando monedas de esa misma clase conforme a la cotización de éstas para el día en que se haga el pago.

¹⁶⁸ *Ibidem*, Pág. 15.

¹⁶⁹ En relación a los moduladores deónticos *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, Italia, 2011, T.I., pág. 109.

Artículo 9º.- Las prevenciones de los dos artículos anteriores no son renunciables y toda estipulación en contrario será nula.¹⁷⁰

Estos preceptos contienen una modulación deóntica de permisión para el sujeto normativo, que subyace respecto del mismo objeto que es el uso de dinero en efectivo para la liberación de sus obligaciones de pago. Por lo tanto, un mismo hecho o conducta está regulado por cuando menos dos normas pero en sentido contradictorios, mientras uno exige del sujeto la no permisión o prohibición, la otra norma concede la permisión o no prohibición.

Así las cosas, “en un sistema jurídico, existe una antinomia siempre que un determinado comportamiento esté deónticamente calificado de dos modos incompatibles en dos diversas normas pertenecientes al sistema.”¹⁷¹ Ahora bien, se aclara que la antinomia de la que se ha dado cuenta puede ser resuelta en sede judicial a través de los métodos de interpretación, lo cual no resulta raro ni desconocido. Sin embargo, el problema es que tanto el tiempo y en su caso la serie de sucesos que acontecen entre el momento que la autoridad aplica la norma al sujeto y éste a su vez tiene la oportunidad de agotar los medios de defensa previos para poder llegar a una sede judicial, transcurren en perjuicio de la certidumbre jurídica del sujeto, lo cual no debería ser así, como se justifica más adelante.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que el sujeto normativo no está obligado a conocer los métodos de interpretación a los cuales pueden someterse las contradicciones para aclarar la prevalencia de la disposición que finalmente va a regir su conducta, por lo tanto, se debe partir de la premisa de que el sujeto normativo puede optar por cualquiera de las normas que se encuentran en colisión.

¹⁷⁰ Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, Pág. 2 y 3, consultada en su versión PDF en la página web oficial de la Cámara de Diputados Federal mediante el link: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ el día 19 de agosto del año 2014.

¹⁷¹ Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, novena edición, Porrúa, México, 2011, Pág 71.

En segundo lugar, la interpretación de las normas para resolver las antinomias son una facultad del Estado por medio de la cual sus instituciones, principalmente del poder judicial, debe garantizar la mayor certidumbre posible a los sujetos normativos en relación a la conducta que les pueda ser o no reprochada, pues vale además aclarar que son precisamente los legisladores quienes cuentan, o al menos deben contar, con los conocimientos suficientes para la formulación de normas óptimas y armónicas con el sistema jurídico al que pertenecen, evitando a toda costa la colisión de normas que vuelvan insegura la actuación del sujeto normativo.

Más adelante retomaremos esta idea, por ahora basta con advertir que entre la prohibición del uso de dinero en efectivo prevista por la Ley anti lavado y la permisión contenida en la Ley Monetaria para el uso de dinero en efectivo, ambas para el caso de pago y liberación de obligaciones, existe una anotomía que afecta la certidumbre jurídica del sujeto al cual se dirige.

Ahora se da paso a la identificación del principio de la autonomía de la voluntad que rige en las convenciones privadas, mismas que se encuentran previstas dentro del Código de Comercio y del Código Civil Federal, que rige dentro del territorio mexicanos en los siguientes artículos:

Código de Comercio

Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

Artículo 380.- El comprador deberá pagar el precio de las mercancías que se le hayan vendido en los términos y plazos convenidos. A falta de convenio lo deberá pagar de contado. La demora en el pago del precio lo constituirá en la obligación de pagar réditos al tipo legal sobre la cantidad que adeude.

Artículo 372.- En las compraventas mercantiles se sujetarán los contratantes a todas las estipulaciones lícitas con que las hubieren pactado.¹⁷²

Estas disposiciones normativas de carácter mercantil conceden a los sujetos una permisión para que a través de una amplia decisión puedan determinar los alcances de sus obligaciones y derechos en los contratos que pacten, con la condición de que sean lícitos.

De forma tal, los contratantes en una convención privada no se encuentran impedidos para que pacten el cumplimiento de sus obligaciones o pagos mediante dinero en efectivo, con tal de que el origen del dinero sea lícito, pues cabe adelantar que la ilicitud de los recursos en el mecanismo del lavado de dinero no lo hace el destino que se le da a estos, sino más bien el origen ilícito de donde proceden y “ante la imperiosa necesidad de ocultar el origen ilícito del dinero, los delincuentes utilizan los más variados métodos y procesos de lavado de dinero”¹⁷³ pero en todo caso se dirigen a disimular el origen y no el destino de los recursos.

Dicho de otro modo, el dinero para ser lavado debe provenir de actividades ilícitas, de lo contrario no existiría necesidad de ser blanqueado para hacerlo parecer lícito y disfrutar así de sus ganancias, incluso para la reinversión en el crimen organizado y para la comisión de nuevos delitos.

Así, la restricción del uso de dinero en efectivo en los supuestos previstos por el artículo 32 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita atenta contra la libertad contractual de las partes prevista en el Código de Comercio, ya que el pacto de liberarse de sus obligaciones mediante el pago con dinero en efectivo no vuelve ilícita la operación, ni a los recursos usados en efectivo, y por el contrario, sí se limita injustificadamente

¹⁷² Código de Comercio, Pág. 41 y 42, consultada en su versión PDF en la página web oficial de la Cámara de Diputados Federal el día 19 de agosto del 2014 mediante el link:

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

¹⁷³ Nando Lefort, Víctor Manuel, *El lavado de dinero. Nuevo problema para el campo jurídico*, tercera edición, Trillas, México, 2009, pág. 133.

la forma en que pueden cumplirse con las obligaciones de pago. De tal modo, se criminaliza el uso de dinero en efectivo independientemente de lo lícito o ilícito de su origen, por lo que tal prohibición no permite la circulación ni siquiera de capitales lícitos.

La situación anterior se repite dentro de la legislación civil Federal, que regula las conductas de los particulares en el ámbito privado y mediante la cual se dispone la libertad contractual de las partes como sigue:

Código Civil Federal

Artículo 1832.- En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

Artículo 2062.- Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido.

Artículo 2078.- El pago deberá hacerse del modo que se hubiere pactado; y nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de ley.

Artículo 2248.- Habrá compra-venta cuando 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.¹⁷⁴

La libertad contractual en el ámbito del Derecho civil también comprende los pactos para disponer de la forma en que se deba cumplir con una obligación de pago, la cual puede ser mediante el uso de dinero en efectivo, siempre y cuando sea de origen lícito.

¹⁷⁴ Código Civil Federal, Págs. 171, 193, 194 y 207. consultada en su versión PDF en la página web oficial de la Cámara de Diputados Federal el día 19 de agosto del 2014 mediante el link: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

De la lectura de los preceptos transcritos surge la siguiente reflexión. A lo largo del texto de toda la Ley anti lavado no hay un solo artículo que obligue a los sujetos normativos a acreditar o siquiera a declarar el origen con el cual se están llevando a cabo las operaciones vulnerables. Es decir, se impone la obligación de recabar la información de clientes y usuarios finales, pero no se impone la obligación de recaudar información sobre la procedencia de los recursos con los cuales se llevan a cabo las operaciones, lo cual resultaría indispensable para la prevención y erradicación de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, sin embargo, parece que el legislador no lo estimó importante, por más obvia que parezca su importancia.

Más por otro lado, prohíbe el uso de dinero en efectivo en las actividades mencionadas sin importar que el dinero en efectivo sea lícito, de ahí que el legislador impone una prohibición como si todos los recursos en efectivo fueran ilícitos cuando esto no es real ni aplicable a todos los casos.

El Doctor García Gibson, especialista en temas de prevención de lavado de dinero estima de gran importancia la oportunidad de obtener información sobre el origen de los recursos con los cuales se llevará a cabo la operación y recomienda: “aplicar a los clientes que hayan sido catalogados como de alto riesgo y a los nuevos que reúnan tal carácter, cuestionarios de identificación que permitan obtener mayor información sobre el origen de los recursos y las actividades y operaciones que realizan o que pretenden llevar a cabo”.¹⁷⁵

Por lo tanto, la omisión del legislador para incluir alguna disposición normativa en la cual se determinara la obligación de cuando menos obtener la declaración del origen del dinero usado en las operaciones, contrasta radicalmente con las inexplicables disposiciones de prohibir el uso del dinero en efectivo aún cuando se trate de capitales lícitos. Pues por un lado, se impone una seria y estricta prohibición al uso de dinero en efectivo y por otro lado se da amplio margen para el ocultamiento del origen de los recursos.

¹⁷⁵ García Gibson, Ramón, *Prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo*, Op. Cit., pág. 79.

Lo que más bien parece, es que el legislador dispone esta prohibición de usar dinero en efectivo como beneficio para el sistema financiero, pues lo que hace es ceñir los capitales para que sean concentrados y manejados a través de las instituciones financieras, más no para logra la efectiva identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Cabe apuntar que esta prohibición impacta negativamente la economía, truncando y desalentando las operaciones en ciertos sectores como pueden ser la industria automotriz y la inmobiliaria, ello ante la imposibilidad de comprar, arrendar o constituir cualquier clase de derechos reales o personales sobre inmuebles o vehículos con el uso de dinero en efectivo por los montos enunciados.

Entonces, los clientes que cuentan con dinero en efectivo para realizar las operaciones prohibidas son presumidos como riesgosos por esta legislación, sin conceder previamente la oportunidad de acreditar su licitud, criminalizando de este modo el uso de dinero en efectivo, no obstante que en la realidad no todas las personas que cuentan con cantidades elevadas de dinero en efectivo son parte de la delincuencia organizada ni usan estas operaciones para el lavado de dinero. De tal modo, aun cuando el cliente o usuario acredite que la procedencia del dinero en efectivo es lícito, tiene prohibido realizar cualquiera de las operaciones ya mencionadas, situación que no concuerda con la identificación y prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita, pues la legislación prohíbe aún las operaciones con recursos lícitos cuando se hacen con dinero en efectivo.

Tal parece que se pierde de vista que en México existen muchos sectores en los cuales se sigue trabajando con grandes flujos de dinero en efectivo y sin el apoyo indispensable de medios bancarios, tal es el caso de los mercados populares, centrales de abasto, comercio sobre ruedas, transporte público de personas, transporte público de carga, centros de entretenimiento y espectáculos, restaurantes, agricultura, ganadería, etc., y ninguna de estas actividades es ilícita por realizar operaciones con dinero en efectivo, pero se vuelven objeto de represión

si mediante las ganancias obtenidas se desea adquirir un inmueble o un vehículo, no obstante que el origen de los recursos sea completamente lícito.

Por lo tanto, tal parece que la verdadera intención de esta prohibición se guía al uso obligatorio de bancos y a la obtención de información con fines recaudatorios para poder lograr el cobro de tributos a las personas que no se encuentran cautivas del sector financiero y de las que difícilmente podría la autoridad conocer sus ingresos si no es mediante este tipo de disposiciones autoritarias, represivas y excluyentes del sistema económico, pues se les impide acceder a operaciones de constitución de derechos reales y personales sobre inmuebles y vehículos cuando traten de utilizar el dinero en efectivo que han obtenido incluso a través de ganancias lícitas.

En este punto cobra importante relevancia la Convención de Palermo, la cual dispone en su artículo 7 las medidas para combatir el blanqueo de dinero:

Artículo 7

Medidas para combatir el blanqueo de dinero:

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas y de títulos negociables pertinentes.¹⁷⁶

Debe hacerse énfasis en el hecho de que esta disposición de carácter convencional rige al Estado mexicano en cuanto a la estricta previsión **de no restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos**. Por lo tanto,

¹⁷⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), Págs. 2259 y 2260, consultada en su versión PDF en la página web oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 17 de agosto del 2014 mediante el link: <http://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0945.pdf>

deviene evidente que la citada prohibición contenida en el artículo 32 de la Ley anti lavado contradice este instrumento internacional, que sin duda establece la permisión de la movilidad de capitales lícitos para impulsar el desarrollo de la economía, a diferencia del estanco que provoca la restricción del uso de dinero en efectivo no obstante que sea de origen lícito.

Además, este instrumento de observancia obligatoria para México desde el 29 de septiembre del año dos mil tres no es el único, pues la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción celebrada en Nueva York el treinta y uno de octubre del año dos mil tres, es de corte similar y dispone la misma posibilidad de dar impulso a las transacciones de capitales lícitos y evitar sus restricciones, tal y como puede advertirse:

Artículo 14

Medidas para prevenir el blanqueo de dinero

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo de títulos negociables pertinentes.¹⁷⁷

Entonces, la prohibición al flujo de dinero en efectivo previsto en la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita para actividades relacionadas con la constitución de derechos reales o personales sobre bienes inmuebles o vehículos no solamente atenta con disposiciones de carácter interno como son el Código de Comercio y el Código Civil Federal al coartar a las partes su libertad contractual para establecer los términos y

¹⁷⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Págs. 13 y 14, consultada en su versión PDF en la página web oficial del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán el día 17 de agosto del 2014 mediante el link:
http://www.tsjuc.gob.mx/publicaciones/Convencionalidad/Archivos/Penal_Mundial/38_ConvencionNacionesUnidasCorrupcion.pdf

formas de pago, además de la evidente colisión normativa con la Ley Monetaria que prevé la liberación de obligaciones y pagos a través del uso de monedas y billetes de circulación nacional, sino además contraviene disposiciones de índole internacional como son la Convención de Palermo y la Convención de las Naciones Unidas celebrada en Nueva York en el año 2003 contra la Corrupción.

En efecto, la Ley antilavado se desapega y contradice instrumentos de carácter internacional, precisamente lo dispuesto por el artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que dispone en forma similar a la Convención de Palermo que no será objeto de restricciones de ningún modo la circulación de capitales lícitos. Por lo tanto, no obstante de que se trate de dinero en efectivo, los pagos y cumplimiento de las obligaciones deberían tener cabida cuando se pacten en efectivo, ya que la ilicitud deviene del origen de los recursos más no de las actividades que la Ley anti lavado determinó como vulnerables.

De este modo puede percibirse que la intención legislativa y política que precedió a la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita no fue estricta ni primordialmente para el combate al lavado de dinero, sino más bien se dirigió a la obtención de información con fines recaudatorios, pues no existe coincidencia del objeto para el cual se creó la Ley que es prevenir y combatir el lavado de dinero, con la prohibición del flujo de dinero en efectivo, máxime que como se ha precisado anteriormente, a lo largo de la legislación no existe ningún precepto que obligue a recabar información sobre el origen del dinero.

Por el contrario, la legislación criminaliza el uso de dinero en efectivo partiendo de la premisa de que su uso en la constitución de derechos reales y personales sobre bienes inmuebles y vehículos es ilícito, y por lo tanto prohibido, situación que como se ha visto es contradictoria tanto del propio sistema legal nacional, como contraventor de las disposiciones de carácter internacional de las que México es parte, con lo cual queda evidenciado que el modulador deóntico de prohibición contenido en el artículo 32 de la Ley anti lavado es contradictorio de

diversos moduladores deónticos de permisión previstos en diferentes ordenamientos legales, tanto de carácter interno como supranacional.

Lo atendido hasta ahora servirá como punto de partida para poder analizar el impacto adverso que resiente la seguridad jurídica del ciudadano ante la prohibición del dinero en efectivo previsto en la Ley.

3.3.1 Incertidumbre jurídica frente a la antinomia de la prohibición

El principio de certidumbre jurídica es uno de los más valiosos para el Estado de Derecho en los países con una democracia que busca perfilarse para ser sustancial y no simplemente quedarse en Democracia de mayorías. Esto es así, ya que la certidumbre jurídica parte del respeto a la legalidad que debe constreñirse la actuación de cualquier autoridad perteneciente al Estado. Incluso, autores como Luis Recaséns Siches estima que la seguridad jurídica requiere de al menos las siguientes cuatro condiciones:

- 1) Que el derecho sea positivo, que se halle estatuido en leyes.
- 2) Que este derecho estatuido sea, por su parte, un derecho seguro, es decir, un derecho basado en hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno a casos concretos. (Ni de cualquier otra autoridad además del juez, serviría agregar)
- 3) Que estos hechos en que se basa el derecho pueden establecerse con el menor margen posible de error.
- 4) Que el derecho positivo no se halle expuesto a cambios demasiado frecuentes, es decir, no debe hallarse a merced de una legislación incidental.¹⁷⁸

De las condiciones apuntadas, puede afirmarse que las normas jurídicas (derecho positivizado) deben ser lo más claras posibles para que el sujeto normativo pueda saber la conducta que se espera de él. Pero además, deben ser lo más claras posibles para evitar el arbitrio del intérprete en cada caso concreto (abstracción de

¹⁷⁸ Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, séptima edición, Porrúa, México, 1981, pág. 225.

la norma) y por último, las normas deben ser firmes frente a otros ordenamientos y trascendentales al tiempo en que se establecen, pues de lo contrario podrían sufrir embates de otras normas que harían padecer inseguridad jurídica en el sujeto, tal y como se ejemplifica con la Ley anti lavado y la Ley Monetaria.

Entonces, bajo un sistema legal plagado de antinomias no prevalece la certidumbre, por ello la importancia de los métodos de interpretación para solucionar estas colisiones normativas. Sin embargo, entre el momento de la aplicación de la norma por parte de la autoridad encargada de ello y el momento de la interpretación de la norma por parte de la autoridad jurisdiccional, existe una orla de tiempo durante el cual el sujeto normativo resiente la aplicación y sus consecuencias en detrimento de su seguridad jurídica.

Para ilustrar lo anterior, piénsese en el caso donde el sujeto en vez de apegarse a la prohibición de realizar operaciones en efectivo, lleva a cabo la compraventa de un automóvil donde se paga de contado y en efectivo, por encima del monto establecido por la legislación y dando lugar al incumplimiento del artículo 32 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Por un lado, el sujeto normativo está transgrediendo la prohibición pues realizó una operación de compraventa de un vehículo con dinero en efectivo. Sin embargo, en el mismo caso, encuentra más de una norma que le faculta y permite hacerlo de ese modo, precisamente los artículos 7 y 9 de la Ley Monetaria; 78, 380 y 372 del Código de Comercio y en su caso los artículos 1832, 2062, 2078 y 2248 del Código Civil Federal. Aunado a lo dispuesto por los artículos 7 de la Convención de Palermo y 14 de la Convención contra la corrupción celebrada en Nueva York en el año 2003.

Frente al caso hipotético anterior existen dos posibles escenarios, el **primero** mediante el cual:

a) se aplica la norma antinómica,

b) el sujeto normativo que llevó a cabo la compraventa del automóvil con dinero en efectivo resiente los efectos de la aplicación coactiva como podría ser la imposición de una sanción consistente en multa, como lo disponen los artículos 53 y 54 de la Ley anti lavado¹⁷⁹,

c) llegado el momento se realiza la interpretación de las normas en sede judicial para resolver la antinomia, y en este primer caso se determina que la norma que prevalece y a la cual debe ajustarse el sujeto es la que prohíbe el uso de dinero en efectivo contenida en el artículo 32 de la Ley Anti lavado,

d) por lo tanto se declara que el sujeto transgredió la norma y debe soportar sus consecuencias y sanciones.

Ahora bien, tratándose de un **segundo** supuesto, igualmente se actualizan las acciones contenidas en los incisos a) y b) pero en este caso se determina lo contrario, es decir:

c) se realiza la interpretación de las normas en sede judicial para resolver la antinomia, pero en este segundo caso se estima que la norma prohibitiva contenida en el artículo 32 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de

¹⁷⁹ Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, *Op. Cit.*, Pág. 19 de 22.

Artículo 53. Se aplicará la multa correspondiente a quienes:

VII. Participen en cualquiera de los actos u operaciones prohibidos por el artículo 32 de esta Ley.

Artículo 54. Las multas aplicables para los supuestos del artículo anterior de esta Ley serán las siguientes:

III. Se aplicará multa equivalente a diez mil y hasta sesenta y cinco mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, o del diez al cien por ciento del valor del acto u operación, cuando sean cuantificables en dinero, la que resulte mayor en el caso de las fracciones VI y VII del artículo 53 de esta Ley.

Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita debe inaplicarse y por ello el sujeto no transgredió la norma,

d) quedando liberado de cualquier tipo de responsabilidad.

Ahora bien, es muy importante aclarar que se parte del supuesto de que en ambos casos se consideró que el dinero es **lícito**, pues lo que se pretende demostrar es que el sujeto aún realizando una conducta lícita recibe una sanción y durante su defensa se acarrea incertidumbre jurídica a su esfera de derechos subjetivos, pues carece de seguridad en cuanto a la conducta o comportamiento que debe adoptar.

Con los ejemplos anteriores, no obstante cuál sea el resultado final, el sujeto normativo resiente fácticamente la aplicación de la misma forma, pues en ambos casos la autoridad aplicará la norma prohibitiva, iniciará facultades de investigación e impondrá una sanción por haberse realizado la compraventa del automóvil con dinero en efectivo. De forma tal, que el sujeto normativo deberá entablar una defensa y tendrá el deber de garantizar el pago de la multa considerada como crédito fiscal para suspender la ejecución durante el tiempo en que se discute en sede judicial la colisión de normas.

Lo anterior implica transgredir la garantía de certidumbre jurídica de la cual debe dotarse al sistema legal y de la que puede valerse el sujeto, pues ante la colisión de normas generadas por el legislador, el sujeto normativo no debe resentir en su perjuicio la consecuencia de tal antinomia, ya que ésta fue causada por el creador de la norma y le es ajena al sujeto a quien se exige el cumplimiento, como se explica enseguida.

Para partir sobre un concepto de certeza traemos a colación el que define Norberto Bobbio en su libro Teoría general del derecho y dice:

Por “certeza” se entiende la determinación, de manera definitiva, de los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a un comportamiento dado, de modo que el ciudadano esté en posibilidad de saber con anticipación las consecuencias de sus propias acciones. Ahora bien, esta exigencia se satisface al máximo cuando el legislador no abandona la reglamentación de los comportamientos al juez para que juzgue, en cada caso, sino que establece con una norma la reglamentación de una acción tipo, de modo que incluso contenga todas las acciones concretas de ese tipo.¹⁸⁰

Entonces, a partir de este concepto de certeza, no puede asumirse como tal la prohibición contenida en el artículo 32 de la Ley anti lavado si se confronta con la permisión del artículo 7 y 9 de la Ley Monetaria, pues la persona obligada se enfrenta a una evidente contradicción. Por un lado se le prohíbe el uso de dinero en efectivo para el pago del precio de un automóvil –siguiendo el ejemplo desarrollado-, pero por otro lado se le permite liberarse de su obligación de pago por medio del uso de billetes y monedas, lo que es igual a usar dinero en efectivo.

En este punto se hace necesario determinar los motivos que provocan la contradicción normativa de acuerdo al carácter y contenido de la norma, al sujeto normativo e incluso a las condiciones de aplicación. Para ello, es útil tomar en consideración tales elementos de la norma a través de la obra de Manuel Atienza y que fueron explicados desde el capítulo uno de esta investigación y que se retoman en el siguiente cuadro comparativo¹⁸¹:

Elementos de la norma	Ley anti lavado Artículo 32	Ley monetaria Artículos 7 y 9
Carácter	Prohibitivo-Restictivo para usar dinero en efectivo	Facultativo-Permisivo para usar dinero en efectivo

¹⁸⁰ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, cuarta edición, Bogotá Colombia, Temis, 2013, pág. 135.

¹⁸¹ El cuadro es de autoría personal y se basa en los elementos de la norma contenidos dentro del libro de Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, séptima edición, México, Fontamara, 2011, Págs. 27 y 28

Sujeto normativo	Toda persona que pague en con dinero en efectivo	Toda persona que pague en con dinero en efectivo
Condiciones de aplicación	Sólo en operaciones descritas en las 7 fracciones y por montos iguales o mayores	Ninguna, incluso toda estipulación contraria se sanciona con nulidad
Contenido	Prohibición de uso de dinero en efectivo para cumplimiento de obligaciones de pago	Permisión de uso de dinero en efectivo para cumplimiento de obligaciones de pago

El cuadro anterior concentra los elementos más importantes para el análisis de ambas normas y se puede distinguir que el sujeto normativo se encuentra posicionado entre una permisón y una restricción con relación al mismo hecho regulado y del cual se dispone un comportamiento diferente y contrario dependiendo de la norma a la cual se acuda.

Por lo tanto, puede valerse temporalmente de la permisón para evitar la restricción, o bien, puede ajustarse a la prohibición y apartarse de la permisón, sin embargo, esta contradicción no permite conocer de manera definitiva los efectos atribuidos a un comportamiento dado, pues el ciudadano no conoce con anticipación las consecuencias de sus propias acciones, ya que pueden ser adversas o justificadas, dependiendo de la norma a la cual ajuste su comportamiento y sobre todo dependiendo de la interpretación que en su momento se haga respecto a las normas que colisionan.

Entonces, si se ilustrara la incertidumbre jurídica en que se coloca al sujeto normativo en el ejemplo que se viene dando, podría apreciarse con el diagrama¹⁸² de la siguiente forma:

Incertidumbre jurídica en la esfera de acción del sujeto

¹⁸² Diagrama de elaboración y autoría personal derivado de la información y análisis hecho a las normas jurídicas comprendidas y aludidas en este apartado.



De tal modo, al estar el sujeto normativo entre una permisión y una prohibición, tiene la opción de actuar conforme a cualquiera de las dos normas, ya que no está obligado a interpretar cuál de las dos debe prevalecer, no obstante que pudiera tener la pericia o posibilidad de hacerlo. Esto se afirma, ya que es labor de la autoridad, principalmente de la autoridad jurisdiccional, resolver la antinomia y no del sujeto normativo, pues éste tiene frente a él dos posibilidades y entonces puede prevalecerse de cualquiera de las dos normas, sin que se le pueda impedir sujetarse a alguna de ellas hasta en tanto la autoridad jurisdiccional realice la declaración respectiva sobre la solución de la contradicción normativa.

Dicho de otro modo, la persona puede decidir no pagar en efectivo y con esto cumplir espontáneamente con la prohibición del artículo 32 de la Ley anti lavado. O bien, puede decidir apegarse a lo previsto por el artículo 7 y 9 de la Ley monetaria y cubrir su obligación de pago con dinero en efectivo. Sin embargo, en ambos casos su conducta es justificada conforme a una norma, pues sea cual sea su decisión existe un precepto que respalda su forma de actuar, sin que se le pueda exigir que adopte una u otra conducta hasta en tanto no exista una resolución firme que así lo determine, ya que la antinomia no puede ser resuelta por él mismo al momento cumplir o incumplir, y por lo tanto no se le debe afectar, sea cual sea su decisión, ya que en ambos casos su conducta estaría apegada a una norma vigente.

Así las cosas, sí el sujeto normativo decide pagar con dinero en efectivo en los casos prohibidos por el artículo 32 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita no debe resentir la consecuencia de la sanción por la transgresión a esa prohibición, puesto que su incumplimiento se encuentra respaldado por otra norma que le permite actuar de ese modo. Es decir, le permite comportarse de forma contraria a la prohibición y por lo tanto pagar en efectivo y derivado de esto su incumplimiento no se basa en una decisión arbitraria, sino está vinculada a la permisión contenida en los artículos 7 y 9 de la Ley Monetaria, en relación con los otros preceptos mencionados del Código de Comercio y del Código Civil Federal, aunado a las disposiciones Convencionales invocadas. Así entonces, el incumplimiento no es arbitrario, sino fundado en un derecho reconocido en otra norma a la cual el sujeto se adhiere al pagar con dinero en efectivo.

A todo lo anterior se suma el hecho de que el Estado es quien debe garantizar que el sujeto normativo sepa las consecuencias de su actuar, y por lo tanto, si se le conceden varias formas de actuar e incluso si éstas son contradictorias, el ciudadano puede optar por cualquiera de ellas, la que mejor le convenga, sin que pueda ser calificada como arbitraria su decisión, ya que cualquiera de estas decisiones está basada en un precepto de ley del cual puede beneficiarse.

Por esto se retoma lo que para Gustav Radbruch es la seguridad jurídica y señala que: “la seguridad que el Derecho nos confiere al garantizar nuestra vida, nuestros bienes”¹⁸³, por lo tanto, si el sujeto se basa en disposiciones de Derecho vigente para su actuación, no tiene por qué resentir las consecuencias en su vida derivado de la inobservancia de la prohibición, sino hasta que la autoridad jurisdiccional estime cuál de las normas es la que prevalece sobre la otra, y será hasta ese momento en que la autoridad tenga la facultad de sancionar al sujeto, pero no antes, pues el hecho de sancionarlo previamente a la solución de la

¹⁸³ Citado por Bonifaz Alfonso, Leticia, en *El problema de la eficacia en el Derecho*, México, Porrúa, 1993, pág. 211.

antinomia le genera perjuicios al tener que defenderse de la autoridad y en su caso garantizar las posibles multas, como se ha mencionado.

Por último, es útil afirmar que el Estado a través de sus instituciones como son los poderes legislativos deben procurar que se propicien ordenamientos legales armónicos, capaces de establecer regulaciones que no se contrapongan y evitar en toda medida que las legislaciones sean contradictorias, lo que implica desde luego realizar estudios integrales de los ordenamientos colaterales con los cuales tendrán relación las leyes de nueva o ulterior creación y evitar que se actualicen antinomias.

Claro está que no siempre podrá lograrse esto, pero el ciudadano no tiene por qué correr con las consecuencias de estas antinomias, ya que él no es un actor en la creación de normas, sino más bien es a él a quien se le impone la norma. Tampoco debe esperarse de él una interpretación de la norma, pues no es a él a quien se le ha encomendado esta actividad reservada a la autoridad jurisdiccional, principalmente.

Por último, cuando dos o más normas se contraponen y el sujeto decide actuar apegado a cualquiera de estas, su decisión no es por ningún motivo arbitraria, sino más bien ajustada a derecho vigente creado por el Estado, razón suficiente para que el sujeto normativo pueda valerse de su reconocimiento para constreñir su comportamiento a cualquiera de las normas que apliquen a ese caso y no solamente a la norma que la autoridad espera sea cumplida, pues ante varias posibilidades de cumplimiento, el ciudadano puede optar por cualquiera, incluso por la que mejor le convenga, ya que el Estado a través de sus instituciones le ha dotado de esta opción al volverlas disposiciones de Derecho vigente.

Bajo éstas premisas descansa el principio de no afectación del sujeto, el cual se vincula de forma inmediata con el principio pro persona consignado en el artículo primero de la Constitución Federal y que será explicado en el capítulo cuatro al exponer las posibles propuestas al problema que se analiza.

En este orden de ideas, resulta claro que si el sujeto tiene dos o más opciones de comportamiento que le han sido concedidas por diversas normas, éste pueda optar por cualquiera, la que más le beneficie, pues ambas son legítimas al estar dispuestas en la Ley y la decisión del sujeto no será arbitraria y mucho menos ilegal, ya que es el Estado quien le concedió estas oportunidades y será hasta que se resuelva la antinomia el momento en que se le pueda exigir a los sujetos normativos un actuar en específico.

Derivado de esta reflexión, puede concluirse que la prohibición prevista en el artículo 32 de la Ley Federal para Prevenir e Identificar Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita es inefectiva al restringir el uso de dinero en efectivo, ya que la ley presume como ilícito el uso de dinero en efectivo en todos los casos que incurran en alguna de las actividades contenidas en el citado artículo. Pero además, el sujeto normativo encuentra más de una forma de actuar ante el mismo hecho regulado, pues por un lado se le prohíbe, pero por otro lado se le permite hacer pago y cumplir con sus obligaciones de pago con dinero en efectivo.

Por lo tanto, los efectos son contrapuestos y el incumplimiento de la restricción no deviene de la arbitrariedad del sujeto, sino más bien de la colisión normativa, por lo cual no se consigue que el sujeto pueda interiorizar y tener una sola opción de cumplir la norma, contrario a esto se le genera la posibilidad de optar por diversas formas de comportamiento en relación a un mismo hecho y además las opciones de comportamiento son contrapuestas, por un lado de permisión y por otro de prohibición, lo cual acarrea la incertidumbre jurídica a su esfera de derechos, aunado a la inefectividad de la medida de restringir el uso de dinero en efectivo como se ha mencionado.

En resumidas cuentas, la efectividad no se logra porque el sujeto no puede cumplir la norma al tener más de una opción para ajustar su conducta, ya sea a la prohibición o a la permisión, situándose además en medio de una antinomia que merma su certidumbre jurídica.

El análisis anterior permite palpar la ineffectividad de la prohibición del uso de dinero en efectivo que dispone el artículo 32 de la Ley, así como la incertidumbre jurídica que se ocasiona con la antinomia. Pero a continuación será ocasión para estudiar el último tema relacionado a la ineficiencia.

3.4 Ineficiencia derivado del encarecimiento para cumplir la Ley

Previamente en el capítulo primero se conceptualizó y analizó el tema de la ineficiencia, sirviendo tal concepto para identificar los medios a través de los cuales se obtiene el mejor resultado, haciendo uso de los menos recursos o esfuerzos posibles. Así, bajo este concepto de eficiencia, la implementación de una norma jurídica y su cumplimiento o consecuente aplicación debe planearse y preceptuarse tomando en consideración que sean requeridos los menos elementos materiales o humanos posibles para conseguir el resultado esperado, lo cual no se logra con la Ley antilavado.

La afirmación anterior responde a la imposición contenida dentro del artículo 18 de Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, la cual obliga a los sujetos normativos a recabar información y documentos que deben ser archivados a favor de la autoridad por el plazo de cinco años, lo cual sin duda encarece su operación.

Para lograr explicar este encarecimiento de la operación del sujeto normativo, se transcribe a continuación el citado precepto:

Artículo 18. Quienes realicen las Actividades Vulnerables a que se refiere el artículo anterior tendrán las obligaciones siguientes:

I. Identificar a los clientes y usuarios con quienes realicen las propias Actividades sujetas a supervisión y verificar su identidad basándose en credenciales o documentación oficial, así como recabar copia de la documentación;

II. Para los casos en que se establezca una relación de negocios, se solicitará al cliente o usuario la información sobre su actividad u ocupación, basándose entre otros, en los avisos de inscripción y actualización de actividades presentados para efectos del Registro Federal de Contribuyentes;

III. Solicitar al cliente o usuario que participe en Actividades Vulnerables información acerca de si tiene conocimiento de la existencia del dueño beneficiario y, en su caso, exhiban documentación oficial que permita identificarlo, si ésta obrare en su poder; en caso contrario, declarará que no cuenta con ella;

IV. Custodiar, proteger, resguardar y evitar la destrucción u ocultamiento de la información y documentación que sirva de soporte a la Actividad Vulnerable, así como la que identifique a sus clientes o usuarios.

La información y documentación a que se refiere el párrafo anterior deberá conservarse de manera física o electrónica, por un plazo de cinco años contado a partir de la fecha de la realización de la Actividad Vulnerable, salvo que las leyes de la materia de las entidades federativas establezcan un plazo diferente;

V. Brindar las facilidades necesarias para que se lleven a cabo las visitas de verificación en los términos de esta Ley, y

VI. Presentar los Avisos en la Secretaría en los tiempos y bajo la forma prevista en esta Ley.¹⁸⁴

Las obligaciones contenidas en las fracciones anteriores pueden ser divididas primordialmente en las siguientes cuatro clases:

I.- Identificar y obtener información de clientes, usuarios, y beneficiarios controladores,

II.- Presentar avisos ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público,

¹⁸⁴ Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, Op. Cit., Págs. 11 y 12.

III.- Resguardar la información obtenida por el plazo de cinco años, ya sea de manera física o por medios electrónicos, y

IV.- Cooperar y prestar todas las facilidades con la autoridad para llevar a cabo las visitas de verificación en términos de la Ley.

Esta última fracción IV no será materia de atención, ya que no infiere de forma directa en el tema de la eficiencia, más bien se trata de una reproducción exacta de las obligaciones que tienen los contribuyentes ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en materia fiscal cuando ejerce sus facultades de comprobación en el cumplimiento del pago de impuestos.

En razón de lo antes precisado únicamente serán atendidas las restantes clases de obligaciones, mismas que servirán para demostrar que la forma en que se encuentran dispuestas son ineficientes y existen otras formas que lograrían el mismo objetivo a un menor costo, sin la utilización innecesaria de recursos materiales ni humanos que llevan a encarecer la operación en el cumplimiento de sus obligaciones de los sujetos normativos.

Cabe destacar la importancia que tiene el hecho de que los sujetos obligados identifiquen a sus clientes, usuarios y beneficiarios controladores, pues como se precisó en líneas anteriores la información que se recaba es necesaria para el combate al blanqueamiento de capitales. Además, al solicitar tanto la información como las copias a los clientes y usuarios no eleva sus costos de operación, incluso, como también se ha mencionado, debería incluirse la obligación de recabar información relacionada con el origen de los recursos.

Sin embargo, al contrario de lo antes mencionado, sí causan un encarecimiento para el sujeto normativo el cumplimiento de las obligaciones para custodiar, proteger, resguardar y evitar la destrucción u ocultamiento de la información y documentación que sirva de soporte a la actividad vulnerable, así como la que identifique a sus clientes o usuarios por el plazo de cinco años ya sea

de forma física o electrónica. Este gasto adicional para poder cumplir sus obligaciones por el plazo de cinco años implica la utilización de recursos materiales y/o humanos, pues van más allá de la propia conducta del sujeto.

Es decir, para cumplir la Ley no basta con actuar de cierta forma, sino además existe la necesidad de gastar recursos económicos para implementar acciones, procedimientos, sistemas y demás mecanismos mediante los cuales se pueda custodiar, proteger, resguardar y evitar la destrucción u ocultamiento de la información y documentación que sirva de soporte a la actividad vulnerable, con esto se acumulan gastos de operación del sujeto normativo.

Ahora bien, con lo anterior no se pretende afirmar que deba incumplirse con tales obligaciones, sino más bien, se trata de evidenciar que la forma en que están dispuestas las obligaciones no es la única opción viable, ya que existen otras de menor costo e igual resultado, como se ve a continuación.

Pareciera que la legislación pretende que el sujeto normativo se vuelva un archivo en el cual sea custodiada, protegida, resguardada y se evite la destrucción u ocultamiento de la información y documentación que sirve a la autoridad para el inicio de cualquier investigación. Pero además, tienen que cumplirse éstas obligaciones por el largo plazo de cinco años, pues en el momento que la autoridad así lo decida puede solicitar la información y documentación al sujeto obligado, tal y como sucede con el ejercicio de las facultades de comprobación en materia fiscal para el pago de impuestos y contribuciones.

Entonces, al igual que en otras fracciones normativas que se han analizado con anticipación, es evidente la intención del legislador de homologar el tratamiento de los sujetos normativos de esta Ley con los sujetos normativos de las leyes eminentemente fiscales, pero debe tomarse en cuenta que la Ley antilavado mantiene una finalidad aparente muy diversa a la recaudación, pues persiguen fines diferentes, ya que en el caso de la Ley antilavado tiene como principal objetivo prevenir e identificar y en su caso erradicar las operaciones con recursos de

procedencia ilícita, es decir, la intención legislativa se encuentra orientada a erradicar conductas criminales o ilícitas. Mientras que las legislaciones fiscales tienen una connotación recaudatoria, mediante la cual los sujetos normativos alleguen recursos económicos al Estado con el pago de sus impuestos.

De este modo, el hecho que se pretenda volver fácticamente un archivo a los sujetos normativos para favorecer a la autoridad es innecesario y además alza los costos que de por sí ya tienen en su operación cotidiana los sujetos obligados. Para ilustrar esto, piénsese en el gasto que puede llegar a erogar un sujeto que tiene 10 clientes diarios. Al mes se traduce en 300 clientes a los cuales debe identificar, recabando copias de la documentación oficial que haya servido para ese fin y bajo el entendido de que las copias son proporcionadas por el cliente o usuario y el sujeto obligado no gasta en ellas.

Pero si además, a su vez se multiplica 12 meses que tiene un año por los cinco años que es el plazo que mantiene la obligación de resguardarlo, al final del plazo de cinco años tendrá que mantener en resguardo y a disposición de la autoridad al menos 18,000 expedientes de clientes a los cuales identificó y de quienes debe tener un expediente físico o electrónico, lo cual es una carga innecesaria que puede llegar a impactar al sujeto normativo en el adecuado cumplimiento de sus obligaciones, pero además existen otras opciones más viables.

Para dimensionar los costos y los recursos materiales que se gastan en el cumplimiento de esta obligación de archivar y mantener en resguardo y cuidado la información y documentación, piénsese que cada expediente de los precisados en el ejemplo anterior consta de al menos cinco hojas tamaño carta, donde se encuentran copias de los siguientes documentos:

a).- Identificación oficial por ambos lados,

b).- Comprobante de domicilio,

- c).- Clave única de registro de población (CURP) por ambos lados,
- d).- Alta en el registro federal de contribuyentes en su caso, y
- e).- Aviso de actualización en el registro federal de contribuyentes en su caso.

Pues bien, siguiendo con este ejemplo, los 18,000 expedientes se convierten en 90,000 hojas tamaño carta que tienen que ser custodiadas, protegidas y resguardadas por los sujetos obligados durante cinco años. Pero, como 90,000 solamente es un número que no sirve para dimensionar el gasto que implica en realidad, piénsese que una hoja tamaño carta es casi del mismo tamaño que un cuaderno profesional y que ocupa un espacio aproximado de 25 centímetros cuadrados.

Así puede tenerse una idea que cada expediente ocupa un espacio físico de al menos 25 centímetros cuadrados y en el plazo de cinco años se acumulan 18,000 expedientes de aproximadamente 25 centímetros cada uno con alrededor de 90,000 hojas –en el ejemplo seguido hasta ahora-, entonces resulta notoria la magnitud del espacio que ocuparán y del encarecimiento de la operación que tiene el sujeto normativo para cumplir con la obligación de archivar y custodiar la documentación por tanto tiempo.

No escapa a este análisis la posibilidad que ofrece la Ley al sujeto obligado para almacenar a través de medios electrónicos toda esta información y documentación. Lo cual es más eficiente, ya que al digitalizar los documentos se ahorra espacio físico. Sin embargo, el sujeto normativo sigue teniendo la obligación por el plazo de cinco años para custodiar, proteger, resguardar y evitar la destrucción u ocultamiento de la información y documentación, no obstante que sea en forma digital, lo cual conlleva otra serie de problemas.

Qué sucedería si el equipo que contiene la información se deteriora, se pierde o simplemente se vuelve inaccesible por algún virus computacional, o por ejemplo

en el caso que sea robado, destruido o perjudicado por causas ajenas al sujeto normativo. En este caso, el sujeto normativo sigue teniendo la obligación de custodiar, proteger, resguardar y evitar la destrucción u ocultamiento de la información y documentación, no obstante que se pierda por causas ajenas a este, por lo tanto, podría llegar a ser sujeto de una sanción.

Esta obligación impuesta por el legislador se traduce en una norma ineficiente para que el sujeto normativo pueda cumplirla adecuadamente sin sufrir ningún encarecimiento o gasto innecesario para el cumplimiento, pues se podrían conseguir los mismos resultados deseados a un menor costo, mediante la optimización de los recursos ya existentes o con la mínima inversión posible.

En la actualidad la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tiene los medios informáticos adecuados y suficientes mediante los cuales recibe información de los contribuyentes a través de medios electrónicos. Por lo tanto, si la infraestructura y plataforma informática con la que ya cuenta la Secretaría se utilizara para recibir la información digitalizada de los sujetos normativos en la Ley antilavado, contribuiría a optimizar la obligación de dar los avisos, pues entonces sería usado el propio sistema de la autoridad para que se almacenara la información y con ello el sujeto cumpliría su obligación al enviar de forma electrónica la información recabada durante el mes.

Es decir, la autoridad hoy por hoy tiene los medios suficientes para recibir de forma electrónica información y documentos digitalizados de los contribuyentes, por lo que es indudable que se pueden utilizar estos mismos medios electrónicos para recibir la información derivada de la Ley antilavado y con ello se evitaría un gasto de almacenaje, pues entonces los sujetos normativos no tendrían que archivar la información por cinco años, pues la autoridad recibiría la información y documentación digitalizada mes con mes, tal y como sucede actualmente con ciertas declaraciones que los propios contribuyentes se encuentran acostumbrados a realizar mensualmente.

De esta forma, si fueran utilizados los recursos informáticos con los que cuenta actualmente la Secretaría de Hacienda para poder recibir la información de forma mensual, sería innecesario imponer la pesada carga obligacional al sujeto para que conserve, custodie y proteja la información por el plazo de cinco años. Mientras que el objetivo que persigue la Ley se mantendría, ya que la autoridad recibiría de forma electrónica la información señalada en el artículo 18, como lo hace actualmente con ciertas declaraciones fiscales. En razón de lo cual se volvería eficiente el proceso o la forma de lograr el cumplimiento de la obligación en pro de los sujetos obligados, consiguiendo el mismo resultado propuesto por la Ley pero a más bajo costo.

Por lo anteriormente explicitado, se puede aseverar que la optimización de los recursos se lograría a través del envío mensual de los avisos con la información y documentación digitalizada a la autoridad, con lo que se aligera la carga de custodiar, resguardar, proteger y evitar la destrucción de la información por el plazo de cinco años, pues desde el momento en que se envié la información a la autoridad, ésta será la responsable de archivarla y resguardarla, quitando así toda esa carga al sujeto normativo.

Además, no hay que perder de vista que toda la información es útil para la autoridad, por lo cual a quien debe interesar su resguardo, custodia y protección es principalmente a la autoridad y no al sujeto obligado, quien seguramente podrá llevar a cabo la operación de sus negocios y actividades sin que tenga la necesidad de mantener en resguardo la información, pero no al contrario, ya que la autoridad necesita la información para el cumplimiento del cometido de la Ley.

Resulta evidente que volver responsable al sujeto normativo del archivo, resguardo y custodia de la información y documentación recabada es sumamente ineficiente por los gastos que esto implica y sobre todo tomando en consideración que no todos los sujetos obligados tienen la misma capacidad económica para hacer frente y cumplir puntualmente con esta obligación. Pero además, el plazo de cinco años durante el cual se mantiene vigente la obligación hace que la obligación para

el archivo y resguardo de la información sea exponencial y al cabo de los cinco años sea una gran cantidad de información y documentos que debe ser resguardada a favor y a disposición de la autoridad, pero bajo cuenta y cargo del sujeto obligado.

Por lo tanto, la optimización es posible y además necesaria, ya que debe preferirse el mejor mecanismo a través del cual se consiga el mismo o mejores resultados y en este caso la autoridad obtiene el mismo resultado que es la obtención de la información y el sujeto normativo no asume la carga de archivar y resguardar información por el plazo de cinco años, con lo cual se consigue el mismo resultado con menor costo.

Por otro lado, aunque no se analice a fondo en este trabajo, si es preciso señalar una variable que afecta la posible optimización de la que se trató en líneas precedentes, y se refiere a los sujetos normativos que no se encuentren dados de alta en el registro federal de contribuyentes o que por cualquier otra causa no puedan tener acceso al sistema para presentar declaraciones del pago de impuestos y contribuciones en forma electrónica con acceso al sistema informático de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

En estos casos, debería ser la propia autoridad hacendaria quien tendría que implementar un sistema de acceso al que puedan acceder estos sujetos para dar los avisos con la información y documentación digitalizada, pues si bien es cierto que a la fecha existe una forma de dar aviso a la autoridad por parte de los sujetos obligados cuando llevan a cabo una operación vulnerable en forma accidental, también lo es que el acceso debe ser siempre y cuando se cuente con el registro federal de contribuyentes o previo registro que se haga, lo cual impide que ciertos sujetos como los que nos referimos en este apartado puedan inclinarse más al incumplimiento dado los obstáculos burocrático-administrativos.

De este modo, si el cumplimiento de la obligación impuesta en la norma jurídica se vuelve engorrosa y en muchos casos es sorteable, entonces se contribuye más al incumplimiento por lo complicado de su acatamiento, orillando al

sujeto a que incumpla o imagine las más variadas formas para no ser responsable, con lo que se trae un doble problema, primero que la norma jurídica no sea efectiva por rechazar el sujeto un cumplimiento espontaneo y por otro lado que las trabas administrativas y burocráticas den pié a que el sujeto pueda usarlas como argumento o pretexto de su incumplimiento.

Así las cosas, como se ha insistido en párrafos anteriores, las normas jurídicas son un lenguaje prescriptivo que debe congeniar con la realidad en la forma más armónica posible, para que el sujeto al que se dirige pueda cumplir lo más exactamente posible la modulación deóntica de que se trate, de lo contrario se puede dar lugar a incertidumbres de las cuales puede valerse el sujeto para no cumplir. Pero además, la obligación impuesta al sujeto normativo también degenera la seguridad jurídica de su operación, lo cual se analiza a continuación en el siguiente apartado.

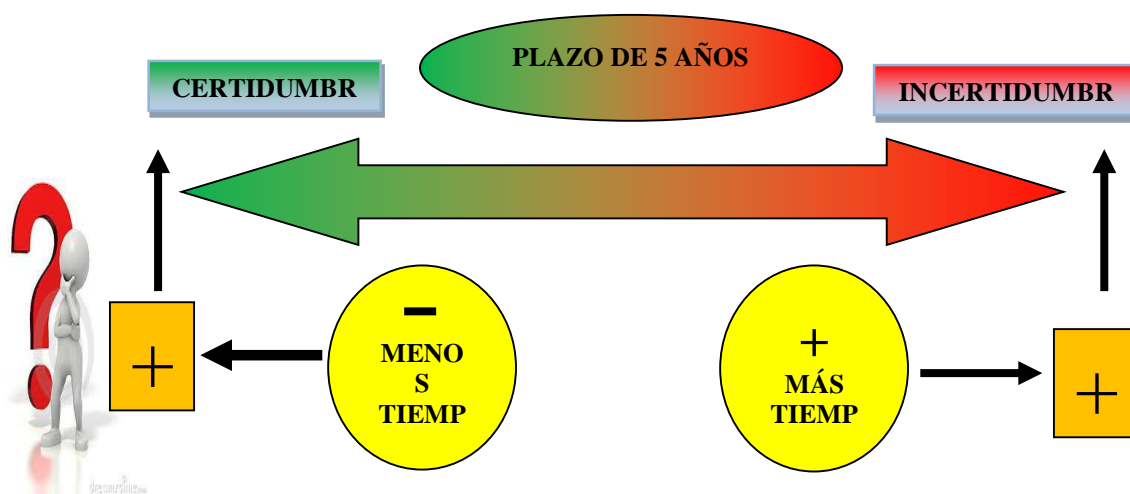
3.4.1 Incertidumbre jurídica en el sujeto derivado de la obligación de archivar y resguardar la información por cinco años

La legislación impone la obligación de archivar y resguardar por el plazo de cinco años la información que el sujeto normativo recabe de sus clientes, usuarios y beneficiarios en términos del artículo 18 de la Ley. Sin embargo, este largo plazo de cinco años durante los cuales la Secretaría de Hacienda y Crédito Público puede exigirle la información y documentación contribuye a gestar la incertidumbre en la esfera jurídica del sujeto.

Lo anterior es así, ya que la autoridad puede solicitar al sujeto durante el plazo de cinco años cualquier información de sus clientes o usuarios, sin importar si se trata de archivos actuales o de los más viejos que tenga obligación de resguardar. De tal modo, todo este tiempo transcurre en detrimento de la seguridad jurídica del sujeto obligado, pues no basta que haya solicitado y recabado la información a sus clientes y usuarios, sino además la debe conservar por cinco largos años para que se la proporcione a la autoridad cuando se la solicite.

De tal suerte, el hecho de que al sujeto normativo se le imponga la gran carga de almacenar la documentación por cinco años y con ello se impida que cumpla su obligación en el menor tiempo posible, merma la certeza de cumplimiento del sujeto normativo, pues no basta con que haya recabado la información y documentación para que la pueda proporcionar en cuanto antes a la autoridad, sino además, debe resguardarla por cinco años para que esté a disposición de la autoridad durante todo ese tiempo y en cualquier momento podrá ser solicitada.

Así, puede afirmarse que la inseguridad jurídica es proporcional al tiempo que tarda el sujeto en adquirir certeza de que ha cumplido cabalmente su obligación y por lo tanto ya no podrá ser molestado ni sancionado por la autoridad. Para ilustrarlo se propone el siguiente diagrama¹⁸⁵:



Si el sujeto normativo tuviera la oportunidad de cumplir en el menor tiempo posible con su obligación, mayor sería su certidumbre de que no será molestado o sancionado en el futuro por un eventual incumplimiento. Sin embargo, con el plazo de cinco años durante el cual debe resguardar la documentación e información aumenta la incertidumbre jurídica.

Así las cosas, la ineficiencia derivada de la obligación de archivar y resguardar durante cinco años la información y documentación contribuye a la

¹⁸⁵ Diagrama de elaboración y autoría personal derivado de la información y análisis hecho a las normas jurídicas comprendidas y aludidas en este apartado.

incertidumbre jurídica del sujeto, quien tendrá latente su obligación y con ello la eventual posibilidad de un incumplimiento, por ejemplo por la pérdida, destrucción, robo o cualquier otro percance que ocurra con la información, por el largo plazo de cinco años, en lugar de que pudiera cumplir con su obligación de manera mensual al enviar los avisos a la autoridad en conjunto con la información.

Entonces, si el sujeto pudiera dar mensualmente los avisos junto con la información y documentación digitalizada, se libraría de su obligación en un corto plazo y con ello adquiriría certeza de que la autoridad no lo molestará ni sancionará en el futuro, pues una vez dado el aviso mensual se liberaría de su carga de archivar y resguardar la información por el largo plazo de cinco años, con lo cual el sujeto adquiriría mayor certidumbre jurídica al poder cumplir en un corto plazo con su obligación y quedar liberado de resguardar la documentación e información por cinco años.

De este modo, con el análisis de las normas jurídicas que forman parte de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y que han sido tratadas en los apartados anteriores se han obtenido de forma preliminar los siguientes resultados, que serán analizados en el siguiente capítulo.

3.5 Resultados preliminares

Dentro de este apartado serán mostrados los resultados derivados del trabajo de investigación. Dicha presentación de los resultados se hará desde un nivel descriptivo en este capítulo, pues su análisis en el capítulo cuarto.

Es importante especificar que los resultados son consecuencia de la actividad analítica realizada en los apartados anteriores que conforman este capítulo y son divididos para su mejor comprensión en los cuatro siguientes sub apartados:

1. Los aspectos positivos y ventajas de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

2. La ineficacia de la Ley.

3. La ineffectividad de la Restricción al uso de dinero en efectivo.

4. La ineficiencia del archivo y resguardo de la documentación e información por cinco años.

A partir de estos cuatro criterios de agrupación de los resultados se presentan los mismos, para que puedan ser analizados posteriormente, pero por ahora son muy útiles para conocer los aspectos positivos y ventajas de la Ley, así como los aspectos negativos y no óptimos de las normas que la integran y que contribuyen con la incertidumbre jurídica de los sujetos normativos.

Por lo tanto, se detallan a continuación los resultados obtenidos dentro de los cuatro grupos a los que se ha hecho alusión y que enmarcan tanto el aspecto positivo de la Ley, como sus desventajas o aspecto negativos.

3.5.1 Aspectos positivos y ventajas de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita

Los dos ejes rectores de la ley para identificar y prevenir el lavado de dinero son, el primero, calificar a ciertas actividades como vulnerables en las cuales los sujetos obligados den aviso a la autoridad sobre los datos e información de sus clientes, usuarios y beneficiarios finales, a fin de que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público pueda contar con la información relativa a la identidad de las personas que intervienen en dichas operaciones vulnerables y con ello se facilite el inicio e integración de investigaciones para prevenir el lavado de dinero.

Mientras que el segundo eje rector para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita es la restricción al uso de dinero en

efectivo para pagar o recibir pagos en ciertas actividades vulnerables y por determinados montos.

De los dos ejes de acción que guían a la Ley, solo el relativo a la obtención de información puede traducirse en un aspecto benéfico y ventajoso en la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita, ya que la información de los sujetos que intervienen en una operación vulnerable es fundamental para el buen manejo de una investigación en la comisión del delito de lavado de dinero.

Muchos de los delincuentes que se dedican a lavar capitales usan como su mejor arma el anonimato, de ahí la importancia de que los sujetos obligados recaben la información y documentación con la cual se identifique a sus clientes, usuarios y beneficiarios de modo que la utilidad de esta información llega cuando la autoridad inicia la investigación por posible lavado de dinero y puede ser usada como punto de partida para lograr la identificación de personas vinculadas con estas actividades delictivas.

Por otro lado, el hecho de que el país cuente con una ley que específicamente regule la prevención e identificación de recursos de procedencia ilícita para combatir el lavado de dinero, la cual se conjunta al Código Penal Federal en su artículo 400 bis y a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada conlleva que se conforme un bloque normativo que sirve como instrumento jurídico para el combate al blanqueamiento de capitales.

Lo anterior, posiciona a México políticamente hablando, como un país preocupado por esta actividad criminal que tiene impactos transnacionales, por lo tanto, en foros, organismos y agrupaciones dedicadas a éste tema se tiene una percepción de cumplimiento y compromiso por parte del país, lo cual ayuda colateralmente a que los apoyos económicos e inversiones extranjeras fluyan con mayor facilidad.

Ejemplo de lo anterior es el cumplimiento, cuando menos parcial, de la mayoría de las recomendaciones que el Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI por sus siglas) realizó a sus estados integrantes, dentro de los cuales se encuentra México.

De modo que la emisión de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita significa cumplir con parte de esas recomendaciones emitidas por el Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales y perfila al país como uno de los más comprometidos, por lo menos tratándose de sus ordenamientos legales y que se refieren a la lucha contra el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, adquiriendo México buena imagen y aceptación en el foro internacional, sin que deje de estimarse que la mayor parte de este cumplimiento es parte de un mero discurso de índole política, ya que en muchas y diversas áreas de la economía nacional es una práctica reiterada y común el blanqueamiento de capitales ilícitos.

3.5.2 En cuanto a la ineficacia de la Ley

Como se ha afirmado a lo largo de este capítulo, el objetivo de la Ley es prevenir e identificar las operaciones con recursos de procedencia ilícita, sin embargo, no obstante que la ley establece en el artículo 17 las actividades vulnerables, la selección y especificación de las mismas resulta muy general y con criterios basados principalmente en los montos de las operaciones y no en los riesgos que realmente pueda llevar inmersa cada operación.

Por esta razón, el hecho de identificar todas las operaciones que se encuadren en las actividades vulnerables y además la obligación de dar aviso de aquellas que superen los montos especificados, no conlleva que se combata el lavado de dinero, pues se identifican todas las operaciones aunque sean lícitas, sin que exista una selección o discriminación de las operaciones que en verdad puedan ser riesgosas de ser usadas en el lavado de dinero.

Por lo tanto, el hecho de que la legislación precise determinadas actividades como vulnerables y dentro de éstas se obligue al sujeto normativo a dar el aviso a la autoridad cuando supere los montos establecidos no consigue que puedan contrarrestarse las operaciones de lavado de dinero, pues no son identificadas únicamente las operaciones riesgosas que en efecto puedan usarse para lavar el dinero, sino por el contrario, son identificadas todas las operaciones de la clase que describe el artículo 17, de ahí que la legislación parte del supuesto de que todas las operaciones son riesgosamente ilícitas para el blanqueamiento de capitales, lo cual se desvirtúa completamente con las fracciones normativas analizadas dentro de este capítulo. Pero además, hace evidente la criminalización que supone la autoridad de los sujetos implicados en estas entidades, aun cuando la realidad sea diferente, pues más bien la mayoría de actividades son lícitas y con recursos de procedencia legítima y excepcionalmente son operaciones de lavado de dinero.

Desde antes de la publicación de la ley, las instituciones financieras tenían regulaciones específicas, más que las dispuestas por la propia ley, con las cuales se identificaban aquellas operaciones que podían resultar riesgosas y vulnerables para ser usadas como un mecanismo para el lavado de dinero. Pero a diferencia de la ley, las regulaciones no solo tenían inscrito el criterio de montos por los cuales se hagan las operaciones, sino además contemplaban criterios de riesgo de la operación y de los clientes, historial de operaciones de estos, usualidad de las operaciones de acuerdo al perfil del cliente y otras similares que permitían hacer una selección más específica y precisa de lo que logra hacerlo la ley.

Todo esto se suma al hecho de que entre los objetivos planteados por la legislación – prevenir e identificar las operaciones con recursos de procedencia ilícita para combatir el lavado de dinero- y las acciones previstas para lograrlo no exista conexidad para llegar al resultado y con ello se vea afectada la eficacia de las normas analizadas, pues su descripción normativa no comulga con el fin planteado y aunque llegaran a cumplirse dichas normas y el sujeto adecuara su conducta a la norma, éste comportamiento no contribuiría a la identificación y

prevención del lavado de dinero pues los medios para conseguir el fin planteado se desvía y carece de conexidad.

Además, cabe afirmar que la obtención de la información que establece la ley es insuficiente, pues si bien es cierto que identificar y conocer al cliente, usuario y beneficiario ayuda a la investigación de los delitos de lavado de dinero, ello no merma el hecho de que se omitió incluir dentro de la información a recabar la referida al origen de los recursos con los cuales se lleva a cabo la operación.

Es decir, la legislación concede más importancia y atención a la información que le permita conocer e identificar al cliente, en relación a los datos e información que contribuyan a conocer e identificar de dónde provienen los recursos con los cuales se celebra la operación en las actividades vulnerables. Esto vuelve incongruente las disposiciones normativas que obligan al sujeto a recabar la información, pues aunque el objetivo planteado sea la identificación del dinero, dentro de la ley no existe una sola disposición que implique obtener información del origen del dinero, lo cual hace evidente la falta de congruencia entre los medios dispuestos en la legislación para conseguir el objetivo de identificar y prevenir el lavado de dinero.

También se puede dar cuenta en este apartado sobre la falta de conexidad de la que se ha hablado anteriormente, a través de las descripciones normativas correspondientes a las actividades vulnerables analizadas y que resultan incongruentes como se muestra a continuación:

Las actividades vulnerables que fueron materia de estudio son las contenidas en las fracciones IV, VIII, XI, XII apartado A inciso c) y apartado B incisos a), b) y d) del artículo 17 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y derivado del análisis se obtuvieron los resultados siguientes:

En relación a las fracciones IV y XI relacionadas con la prestación **habitual** o profesional de servicios de construcción, desarrollo, constitución de derechos e

intermediación en la transmisión de propiedad de bienes inmuebles, así como la **preparación** de contratos similares a las operaciones anteriores relacionadas también con inmuebles demuestran un problema de ambigüedad que afecta por un lado la certidumbre jurídica del sujeto y por otro lado se relacionan con la ineficacia de la norma.

En primer lugar existe ambigüedad en los términos “habitual” y “prepare” que ocupan respectivamente las citadas fracciones, pues dan pie a variadas interpretaciones y arbitrariedad en su aplicación o cumplimiento, lo cual provoca que el sujeto normativo no conozca a ciencia cierta cuál es la conducta o comportamiento que debe cumplir, o bien, en qué casos su conducta se encuadrará en la norma.

Este problema de vaguedad además de incertidumbre, provoca la ineficacia en el cumplimiento del objetivo planteado por la ley, pues ante la falta de precisión y claridad de la norma, se incluyen fácticamente todas las operaciones de la clase que comprende cada fracción y no solamente las actividades que en realidad pudieran ser riesgosas, es decir, con tal vaguedad se puede incluir a cualquier sujeto que realice la actividad descrita normalmente y no solo aquellos que realicen o puedan estar implicados en el lavado de dinero. De ahí que no sea eficaz identificar todas las operaciones en estas actividades, pues no todas son riesgosas de ser usadas en el lavado de dinero, por el contrario, la mayoría son lícitas y excepcionalmente resultan ilícitas.

En relación a la fracción VIII, la ineficacia se comparte de cierta forma igual que en las fracciones IV y XI, con la falta de precisión en la sección de operaciones que sean verdaderamente riesgosas. Pues los montos que establece esta fracción conlleva que la mayoría de las ofertas que disponen las diferentes marcas de vehículos al público en general se encuentren por encima del monto fijado por esta fracción, de tal suerte que son la mayoría de operaciones descritas en esta actividad las que se estiman riesgosas para ser usadas en el lavado de dinero y no excepcionalmente como verdaderamente sucede.

El criterio de fijar montos para calificar como riesgosa una operación la vuelve ineficaz, ya que existen muchos otros factores a considerar para poder determinar si una operación es riesgosa y útil en el lavado de dinero.

Así entonces, al considerar que la operación se vuelve riesgosa por el simple hecho de elevar de cierto monto deviene ineficaz para identificar y prevenir operaciones con recursos de procedencia ilícita, pues la mayoría de ofertas que ponen a disposición del público en general los concesionarios automotrices se encuentran por encima de ese monto, lo que conlleva falta de criterios eficaces para la distinción y clasificación de operaciones que sí sean usadas para el blanqueamiento de capitales de las que no representen un riesgo verdadero.

En relación a la fracción XII apartado A inciso c) y apartado B inciso b) se refieren a la constitución de personas morales y puede advertirse que su ineficacia radica en el criterio formal y limitado que disponen tales normas, pues consideran que la sola constitución, el acto meramente formal por el cual se crea una persona moral, se considera un riesgo para el lavado de dinero, situación que es totalmente irreal, pues el riesgo surge de las operaciones que realice la empresa, así como del cúmulo de activos que posea.

Así las cosas, la constitución de personas morales en sí misma no es una actividad riesgosa y útil para el lavado de dinero, pues el peligro existe cuando tales empresas adquieren un patrimonio que pueda usarse para el blanqueamiento de capitales o bien cuando las operaciones de tales personas morales conlleven actos ilícitos o implicados en operaciones riesgosas, lo cual de ningún modo puede coincidir con su simple creación.

Este mismo criterio formal e incongruente con la realidad que implica el blanqueamiento de capitales puede apreciarse en el inciso c) del apartado B de la misma fracción XII que previene el otorgamiento de contratos de préstamo mercantil, lo cual se afirma de este modo en razón de que la simple formalización

del contrato, sin importar el monto por el cual se otorgue, constituye una operación vulnerable para el lavado de dinero.

Es irreal e ineficaz identificar y calificar como riesgosos a todos los contratos de préstamo mercantil, pues el universo de aplicación de la norma se vuelve gigantesco en vez de dirigirse a operaciones seleccionadas específicamente y que sí puedan llegar a representar un riesgo real en el lavado de dinero. Por lo tanto, el hecho de que se califique a todos los contratos como vulnerables sin utilizar ningún criterio de discriminación o selección de las operaciones que sí son un riesgo de las que no lo son, vuelve ineficaz esta fracción al no contribuir con la identificación de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, sino más bien contribuir a la identificación de todas las operaciones sin distinción alguna.

Por último, el inciso a) del mismo apartado B de la fracción XII, confirma que al igual que la mayoría de las fracciones anteriores conllevan una intención de fiscalización con fines recaudatorios, pues se califica como vulnerable de ser usado en el lavado de dinero la realización de un avalúo, situación que es por demás ilógica, ya que al igual que las últimas normas explicadas, la realización de un avalúo se refiere a un acto simplemente formal que en sí mismo no tiene impacto en el mundo fáctico que pueda ser aprovechado para el lavado de dinero; más bien, se hace evidente y con cierto descaro la ilocución contenida en el discurso del combate al lavado de dinero y que se refiere a la obtención de información de las personas que intervienen en actividades económicas susceptibles de recaudación que por otros medios no podrían ser fácilmente detectables por la autoridad hacendaria.

Así, el discurso del combate al lavado de dinero le ayuda a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a obtener información de los sujetos que intervienen en operaciones que, aunque no sean ilícitas, si pueden ser objeto de recaudación. De tal modo, estas normas son ineficaces para combatir las operaciones con recursos de procedencia ilícita y más bien contribuyen a que la autoridad hacendaria obtenga

información que puede ser usada o destinada aunque no sea oficialmente, a la fiscalización y recaudación de los sujetos que intervienen en estas operaciones.

Por lo tanto, el doble discurso que contienen estas normas produce incertidumbre jurídica en la esfera de derechos del sujeto, pues la información que se recaba no tiene conexión con el combate al lavado de dinero, sino más bien con la tributación. Entonces, una legislación concebida para inhibir actividades ilícitas puede ser usada para un propósito totalmente diferente y en detrimento del sujeto que proporciona información con la intención de que sea usada para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita, y en su lugar pueda ser utilizada para fiscalizarlo con fines recaudatorios.

3.5.3 De la inefectividad de la restricción al uso de dinero en efectivo

La prohibición del uso de dinero en efectivo para realizar los pagos en las operaciones de constitución o transmisión de derechos reales y personales sobre vehículos e inmuebles es inefectiva para contribuir a la identificación y prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita y además vulnera la certidumbre jurídica del sujeto normativo al existir una colisión de normas entre la prohibición contenida en el artículo 32 de la Ley y la permisón contenida en el artículo 7 y 9 de la Ley Monetaria, además de conculcar la autonomía de la voluntad de las partes en las convenciones mercantiles y civiles. Pero igualmente se desapega de la observancia de instrumentos Internacionales que prohíben la restricción de la circulación de capitales lícitos como es la Convención de Palermo y la Convención contra la corrupción.

Por un lado se obtuvo que la restricción de dinero en efectivo por los montos que dispone la ley son inadecuados y no empatan con la realidad de los montos millonarios que son objeto de blanqueamiento por parte de las organizaciones delincuenciales, pues mientras el lavado de dinero es una actividad de cientos de millones de pesos al año, dentro de la prohibición se fijan montos que oscilan tan sólo el medio millón de pesos o menos, lo cual provoca que las operaciones que encuadren en esta descripción normativa sean indiscriminadas de aquellas que sí

pueden resultar atractivas para el lavado de dinero por montos millonarios que faciliten el blanqueamiento de capitales de aquellas que no implican ningún riesgo real para usarse en el lavado de dinero.

Además, la norma que restringe el uso del dinero en efectivo se vuelve inefectivo al colisionar con la permisión contenida en el artículo 7 y 9 en la Ley Monetaria, por lo tanto, el cumplimiento de no pagar o recibir pagos en efectivo se vuelve complejo. Entonces, al existir disposiciones contradictorias en relación al mismo tema regulado, el sujeto normativo sufre incertidumbre respecto a cuál conducta debe adoptar, máxime que otras normas tales como el Código de Comercio, el Código Civil Federal, la Convención de Palermo y la Convención contra la Corrupción apoyan el uso del dinero en efectivo lícito.

Lo anterior se desprende de la libertad contractual que disponen los Códigos de Comercio y Civil Federal a favor de los particulares para determinar la forma de pago, incluido el pago en efectivo. Mientras que en el caso de las Convenciones internacionales prohíben la restricción de capitales lícitos, por lo tanto, el hecho de que la restricción del uso de dinero en efectivo sea indiscriminada sin atender al origen del dinero provoca su ineffectividad para que sea debidamente cumplida por el sujeto normativo. Por tal razón, el sujeto podría valerse de cualquiera de estas normas que contienen una permisión para el uso de dinero en efectivo lícito en contradicción con el artículo 32 que lo prohíbe.

Lo antes mencionado da como resultado que el sujeto normativo no tiene solamente una norma que regule su comportamiento o conducta, sino por el contrario, tiene más de una norma permisiva que contradice la prohibición de uso de dinero en efectivo, de ahí que el cumplimiento espontáneo se vea inhibido al igual que la aplicación forzosa, pues frente a la antinomia, el sujeto jurídico podrá alegar en su defensa la colisión normativa existente y la incertidumbre que le genera la misma al no saber de forma clara y sin lugar a dudas el comportamiento o conducta que se espera de él para no ser sancionado.

Igualmente importante resultó el hecho de que si el sujeto normativo elige no acatar la prohibición y más bien respaldarse en la permisión, dicha conducta no es ilegal, pues al contrario, su conducta es totalmente legítima al valerse de una norma jurídica vigente que contempla una permisión. Por lo tanto, si el Estado a través de los órganos que crean las leyes, conceden al sujeto una gama de normas jurídicas sobre un mismo hecho y resultan contradictorias entre sí, disponiendo permisión y prohibición, el sujeto puede valerse de cualquiera de las normas, la que más le convenga, sin resentir ninguna sanción hasta en tanto la antinomia se resuelva y no quede lugar a dudas de cuál es la norma que debe prevalecer para regular la conducta del sujeto.

También se analizó la conexión existente entre la restricción al uso de dinero en efectivo y la ineficacia de tal restricción en relación con el cumplimiento del objetivo de prevenir e identificar operaciones con recursos de procedencia ilícita y se obtuvo como resultado que la ilicitud de las operaciones y actividades enunciadas en el artículo 32 no deviene del dinero en efectivo, es decir, el pago o cobro mediante dinero en efectivo no vuelve ilícita la operación, sino por el contrario, la ilicitud del dinero es lo que vuelve ilícita toda operación, de ahí que la restricción no sea el medio idóneo para identificar y prevenir el lavado de dinero, sino más bien, deberían guiarse las descripciones normativas a la identificación del origen del dinero con el cual se realicen las operaciones.

Entonces, la restricción al uso de dinero en efectivo contemplada dentro del artículo 32 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, es inefectiva por contradecir otras normas permisivas que otorgan al sujeto la oportunidad de actuar en forma diversa a la contradicción, es decir, que le permiten el uso de dinero en efectivo. Pero además, es ineficaz ya que tal prohibición del uso de dinero en efectivo no contribuye al cumplimiento del fin de la ley, pues no logra la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita, contrario a esto restringe la circulación de capitales lícitos en detrimento de la convencionalidad existente con

la Convención de Palermo y la Convención contra la corrupción convergiendo con la ineficacia.

3.5.4 Sobre la ineficiencia del archivo y resguardo de la documentación e información por cinco años

Finalmente la obligación de archivar y resguardar la información y documentación que reciben los sujetos obligados de sus clientes, usuarios y beneficiarios por el plazo de 5 años es sumamente ineficiente al generarse cargas innecesarias para el sujeto.

Las obligaciones contenidas en el artículo 18 de la Ley, principalmente las de archivar y resguardar la información y documentación pueden ser optimizadas a través del uso de los recursos con los que cuenta actualmente la autoridad hacendaria, pues en lugar de guardar ésta información por el plazo de 5 años bastaría que se mandara por medios electrónicos en forma mensual y así el sujeto normativo cumpliría con su obligación en un corto tiempo y adquiriría la certidumbre de que la autoridad no podrá molestarlo en el futuro.

El plazo de 5 años establecido para resguardar la información contribuye a la incertidumbre jurídica del sujeto, pues durante todo ese largo plazo la autoridad tendrá la posibilidad y facultad de solicitársela, y el sujeto está obligado a proporcionársela, siendo así una pesada carga conservarla por tanto tiempo, cuando podría conseguir el mismo resultado de proporcionar dicha información en menor tiempo como sería mensualmente al dar avisos.

Es necesaria la optimización de recursos tecnológicos con los que cuenta actualmente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para lograr que los sujetos obligados tengan la posibilidad de dar los avisos en conjunto con la información y documentación digitalizada de forma mensual como sucede actualmente con algunas declaraciones fiscales que de por sí tienen que presentar los sujetos normativos, todo lo cual ayudaría a inhibir la incertidumbre jurídica del sujeto al dar

por cumplida la obligación en corto tiempo y evitar de este modo la obligación de resguardo por el largo plazo de 5 años.

De igual forma es necesario hacer eficiente el acceso a los medios electrónicos de la autoridad para aquellas personas que no cuentan con el registro federal de contribuyentes ni con la firma electrónica avanzada, pues el hecho de permitir que esta clase de sujetos accedan a la posibilidad de dar avisos, impacta favorablemente en las posibilidades de cumplimiento y sobre todo en la obtención de información aún de aquellos sujetos que no se encuentran registrados ante la autoridad.

Hasta aquí, todos los resultados son producto del ejercicio de cavilación, reflexión y análisis de las fracciones normativas materia de atención en este capítulo y por lo mismo serán analizados en el capítulo cuarto que sigue.

CAPÍTULO 4

Análisis de los resultados finales de la investigación

4. Notas introductorias previas al análisis de resultados

Después de haber realizado un análisis en el capítulo anterior de ciertas fracciones normativas que forman parte de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita se pudieron obtener ciertos resultados preliminares que permiten moldear un panorama más complejo, pero a la vez más completo del que se realizó previamente dentro del capítulo tres y que conduce a un número muy amplio de variables con las cuales podría abordarse el tema de las normas no óptimas que guiaron esta investigación.

De tal modo, dentro de este apartado se podrá concluir con el análisis de los resultados finales para poder encontrar una propuesta de solución al problema planteado desde el inicio. Es menester precisar que la propuesta a la que llevan los resultados de este trabajo será incluida al final del capítulo y se explicará a detallada en ese apartado.

Para lograr el objetivo antes previsto es menester precisar que dentro de este capítulo predominará el uso del método argumentativo, analítico, deductivo-inductivo y sistemático, lo cual permitirá realizar un estudio a fondo de los resultados preliminares, así como la confrontación con el paradigma sobre la aplicación estricta de las normas jurídicas y la transición al nuevo paradigma sobre derechos humanos, para finalizar en su caso la comprobación de la hipótesis, que dicho sea de paso, se adelanta que sí se comprobó la hipótesis planteada sobre la incertidumbre jurídica que se genera en el sujeto normativo con la aplicación de normas jurídicas no óptimas, pero esto será materia de atención más adelante.

A continuación es prudente explicar cuáles son los paradigmas que intervienen en la investigación en relación a la interpretación y a la aplicación de las normas jurídicas.

4.1 El paradigma de interpretación y aplicación de las normas

Ahora bien, el paradigma del cual partió esta investigación corresponde al principio de legalidad y la aplicación estricta de la Ley en que se funda dicho modelo de aplicación e interpretación del Derecho. Este modelo tiene una línea divisoria que se marca con la reforma de la Constitución Federal del 10 de junio del año dos mil once en materia de Derechos Humanos, fecha en la cual se puede entender un antes y un después en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, específicamente aquellas atinentes a derechos humanos.

A efecto de identificar ambos paradigmas en una línea del tiempo, cuando se haga referencia a paleo-paradigma se debe comprender al modelo que se aplica de manera irrestricta y que constituía fríamente el principio de legalidad y que va desde la promulgación de la constitución de 1917 hasta la reforma del año 2011. Mientras que cuando se haga referencia al neo-paradigma, se debe entender como la transición de ese antiguo paradigma al nuevo que se encuentra en evolución a partir del 10 de junio del año dos mil once.

Sin embargo, no debe entenderse por ningún motivo que el paleo-paradigma se abandona completamente, pues no es de esa forma la transición que se está viviendo, sino contrario a ello, el nuevo paradigma funda sus bases en el anterior modelo, pero con una reinterpretación en la cual el centro de atención y lo vertebral es la protección de la persona y la interpretación que más beneficio le acarree, es decir, la interpretación pro persona, debiendo relegarse los intereses del Estado cuando sean una causa para contravenir derechos fundamentales de los individuos, al menos esta es la filosofía que da motivo al nuevo paradigma constitucional, y por ello, los diferentes operadores del derecho tenemos el deber de impulsar, en los ámbitos de nuestras respectivas acciones, las ideas, argumentos y teorías que respalden la protección del sujeto sobre los intereses del Estado.

Antes de la reforma Constitucional que dio lugar al neo-paradigma los artículos que cobraban relevancia en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas eran los artículos 14, 16 y 133 de la Constitución Federal, los cuales han sido abordados con detenida atención en el capítulo segundo, por lo cual es necesario obviar su contenido, mismo que se encuentra disponible dentro del citado capítulo.

Pero para poder comprender el punto medular del modelo de aplicación e interpretación de normas jurídicas anterior a la reforma, debe atenderse a un análisis armónico de las tres disposiciones citadas, es decir, de los principios de legalidad, fundamentación, motivación y debido proceso legal, los cuales eran la pauta para la forma de aplicación de las normas jurídicas basada en la aplicación estricta.

Basta entender que el modelo de aplicación de las normas jurídicas antes de la reforma constitucional partía de la aplicación estricta, no podía inaplicarse ninguna norma jurídica que fuera parte del derecho vigente y cuya constitucionalidad no hubiera sido anulada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Mientras que en el tema de la interpretación se reducía a una hermenéutica jurisprudencial de la Ley y en último caso mediante los principios

generales del derecho, pero no se advierte de ningún modo que el sujeto se encuentre dentro del génesis de la interpretación, es decir, la interpretación partía desde el derecho y para hacer funcional el derecho, pero no para beneficiar al sujeto en sus derechos humanos.

Por último, de acuerdo a la jerarquía normativa dispuesta por el artículo 133 constitucional, los jueces de cada Estado mantenían la obligación de conformar su actuación a lo establecido dentro de la Constitución Federal, las leyes y los tratados, ya que este conjunto de ordenamientos conforman la ley Suprema de toda la Unión, a pesar de las disposiciones en contrario que pudieran existir en las Constituciones o leyes de los Estados, sin embargo, el control difuso de la Constitución era restringido y en el mejor de los casos se reducía a que el derecho que aplicarán no contraviniera a la Carta Magna.

Estos preceptos constitucionales eran los que formaban la base de aplicación e interpretación de las normas jurídicas antes de la reforma constitucional y se advierte que no cabía una interpretación en favor de la protección de las personas como supuesto de partida de actuación de los jueces y magistrados. Dicho de otro modo, la mayor importancia para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas recaía en la propia Ley, la jurisprudencia o en los principios generales del derecho, encerrando el límite de acción de los jueces en la Ley Suprema de toda la Unión, es decir, en el derecho y no en la protección del sujeto.

Ahora bien, a partir de la reforma constitucional del 10 de junio del año 2011, el paradigma de interpretación y aplicación de las normas jurídicas se encuentra en evolución y constante adaptación, lo cual no significa de ningún modo que se abandone el contenido de los artículos 14 y 16, sino más bien se traduce en una redefinición del modelo de aplicación e interpretación que se hacía hasta entonces y que depende básicamente de lo dispuesto por el artículo 1º, el cual también se analizó a detalle dentro del capítulo segundo y para su consulta se tiene el texto antes y después de las reformas en el cuadro comparativo incluido en dicho capítulo.

Dentro del nuevo paradigma constitucional se colocan a los derechos humanos en la escala superior de protección constitucional, con lo cual se aporta una salvaguardia jurídica a la persona cuando se trate de proteger sus derechos humanos y en tal caso la interpretación de las normas jurídicas que las contengan o que se relacionen con los mismos se deberán interpretar de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, buscando en todo momento favorecer a la protección más amplia de las personas.

Con este nuevo paradigma, el punto de enfoque y partida para la aplicación e interpretación de las normas jurídicas es la protección más amplia de las personas cuando se involucren sus derechos humanos, de ahí que la aplicación estricta de la Ley vea un límite cuando se transgreda un derecho humano, incluso al grado de que los jueces puedan inaplicar las normas legales que contravengan derechos humanos, tal y como se ha definido en diversos criterios federales como el siguiente:

CONTROL CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO. SUS CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.

La defensa de los derechos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma a su artículo 1o., publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, y aquellos descritos en los convenios internacionales, se concreta mediante los instrumentos legales al tenor de los cuales se limite el poder de las autoridades; así, el control constitucional hace específica la necesidad de privilegiar y hacer eficaz el respeto a las prerrogativas señaladas por el Constituyente, y los medios para lograr su prevalencia en el Estado Mexicano son el juicio de amparo, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, el juicio de revisión constitucional electoral y el juicio para la protección de los derechos político electorales, pues a través de éstos se estudia y determina si la normativa en conflicto se contrapone o no con un precepto constitucional, de lo cual deriva la conclusión de resolver sobre su constitucionalidad; por su parte, el control de convencionalidad, en su modalidad de difuso, si bien es cierto que se ejerce por

todas las autoridades públicas, tratándose de violación a los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal y en los convenios internacionales suscritos por el Estado Mexicano, también lo es que **se circunscribe al deber de analizar la compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que deben aplicarse a un caso concreto y los derechos humanos que establece la Carta Magna y los tratados internacionales, así como orientados por la jurisprudencia que sobre el tema sustente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debido a la fuerza vinculatoria de la normativa convencional, lo cual genera la consecuencia de permitir o no la aplicabilidad de alguna disposición a un caso en concreto. Por tanto, en el primer supuesto se determina sobre la constitucionalidad de la norma reclamada, mientras que en el segundo, sólo se atiende a su aplicación.**¹⁸⁶

(Lo resaltado es propio)

Este criterio emitido por el cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región con Residencia en Guadalajara Jalisco considera como control difuso de convencionalidad la interpretación armónica y compatible entre las disposiciones de carácter nacional, las de carácter convencional, así como la jurisprudencia que sustente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para poder permitir o no la aplicabilidad de alguna norma jurídica al caso en concreto.

Entonces, no cabe duda que la aplicación de la norma en el nuevo paradigma no debe ser irrestricta, sino más bien, tiene como límite que su aplicación no contravenga derechos humanos. Por lo tanto, la interpretación no nace de la base positivista y formal de la cual nacía en el anterior paradigma, sino más bien debe buscarse la mayor protección de los derechos humanos de las personas, con lo cual no importará tanto la prescripción de la norma, sino la afectación que la norma causa a los derechos humanos de las personas.

¹⁸⁶ [TA]; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro IV, 10a. Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Enero de 2012, Tomo 5, Pág. 4319.*

Así, la transición que actualmente se desarrolla entre el paleo-paradigma y el neo-paradigma puede ser una oportunidad para que la forma en que se interpreta, se piensa y se aplica el derecho cambie en provecho de la defensa de las personas, a fin de buscar en la mayor medida posible limitar toda clase de abusos y transgresiones a los derechos de las personas por parte de la autoridad, promoviendo el desarrollo del individuo para un mejoramiento social que tanto apremia.

Esta investigación sin duda y siendo muy claros no significa el cambio, ni tampoco tiene una propuesta infalible de solución, pero sí pretende significar una chispa, quizás invisible para la mayoría, pero significativa para quienes tengan acceso a la misma, y puedan tener un motivo para pensar de una nueva forma el derecho, su aplicación y su interpretación.

No hay duda que el paleo-paradigma se afianzó por tantas décadas en el régimen constitucional y no será abdicado fácilmente, incluso no sería ese el objetivo, pues la evolución no propiamente busca erradicarlo sino más bien adecuarlo. De ahí la necesidad de que el pensamiento de cada persona que lea esta investigación pueda ser sacudido y no necesariamente para que congele con el resultado y el contenido de la misma, pero si con el fin de que puedan pensar en otros modelos para vivir el Derecho.

La explicación de los paradigmas de aplicación estricta de la Ley y de la interpretación pro persona ayudarán a dar claridad a la exposición que se hace al final del capítulo en relación a las propuestas de solución, pues se incluyen principalmente dos: 1.- relativa a la creación de un procedimiento jurisdiccional de consulta cuando en un caso real y concreto una persona advierta una contradicción normativa (antinomia) y 2.- un principio general de derecho que permita contribuir con el nuevo paradigma para impulsar la mayor protección de las personas ante los embates abusivos de la autoridad y al que se denominará como principio de no afectación.

Pero a continuación serán analizados los resultados preliminares y posterior a ello se darán a conocer los resultados finales de la investigación, para finalmente proponer las dos aristas de soluciones antes mencionadas, una de carácter práctico y otra a nivel teórico, que dicho sea de paso, ésta última no será un producto acabado, pues tal propuesta del principio general de derecho sería incluso materia de un nuevo trabajo con la extensión y especialidad que merece.

4.2 Análisis de resultados preliminares

Para llevar a cabo el análisis de los resultados obtenidos en forma preliminar, los cuales se enunciaron en el capítulo anterior, se contrastaron con las opiniones de especialistas operadores del derecho, en específico se incluirán en esta investigación las entrevistas realizadas a un Juez Federal de Amparo Penal, así como la realizada a un Ministerio Público Federal adscrito a la Unidad Especializada en Análisis Financiero de la Procuraduría General de la República, con quienes se compartieron los resultados y de donde surgieron aspectos relevantes que sin duda deben ser tomados en consideración para lograr obtener los resultados finales.

Se eligieron ambos operadores jurídicos en virtud de que tienen facultades para la aplicación de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, pues por un lado la Unidad de Especializada en Análisis Financiero de la Procuraduría General de la República, a la cual se encuentra adscrito el Ministerio Público entrevistado, así como el Juez de Amparo Penal en el Distrito Federal, tienen la facultad de interpretar y aplicar la legislación a casos reales y concretos.

A continuación serán transcritos sólo los fragmentos más importantes de las entrevistas, sin que se incluyan los datos personales de los funcionarios ya que no se cuenta con autorización para ello, por lo tanto en las entrevistas a los servidores públicos únicamente se hará referencia al cargo que detentan, sin incluir datos individualizados.

Asimismo, para lograr la sistematización del análisis de los resultados, el orden en el cual se desarrollará su estudio es el mismo orden presentado dentro del capítulo anterior, comenzando por los aspectos positivos y ventajas de la Ley, para continuar con la ineficacia de la Ley, seguido de la ineffectividad de la restricción al uso de dinero en efectivo y concluir con la ineficiencia del archivo y resguardo de la documentación e información por cinco años.

4.2.1 Análisis de los resultados obtenidos sobre los aspectos positivos y ventajas de la Ley

Para lograr obtener la opinión de los entrevistados sobre los aspectos positivos de la legislación, antes de cuestionarlos, se les explicó que derivado de la investigación se había apreciado que recabar información de los clientes, usuarios y beneficiarios de las personas que realizan actividades vulnerables representaba una ventaja para la integración de investigaciones más sólidas, pero que podían recabarse más datos direccionados a obtener información sobre el origen del dinero, y con tales antecedentes sobre los resultados preliminares se les formularon las siguientes preguntas y posteriormente cada uno dio la correspondiente respuesta.

Pregunta 1.- En su opinión, ¿La información sobre la identidad de los clientes, usuarios y beneficiarios que deben recabar los sujetos obligados que realizan actividades vulnerables es suficiente para prevenir e identificar operaciones con recursos de procedencia ilícita?

Juez de Distrito: Es muy útil que las autoridades investigadoras cuenten con la información de las personas que pueden participar en operaciones riesgosas, no sé si sea suficiente o haga falta más información, pero en caso de que fuera insuficiente, por eso son autoridades investigadoras y cuentan con las facultades de obtener información por diferentes medios. La Ley es siempre, deber ser, la guía de la autoridad y sirve de límite para que no actúe arbitrariamente, pero en la investigación de delitos, cualquiera de ellos, el Ministerio Público tiene la facultad de recabar todas las pruebas y ordenar aquellas diligencias que le permite la Ley, o los

Códigos, por lo tanto si le fuera insuficiente (la información) contaría con los medios para allegarse de toda aquella que necesitara.

Lo que sucede en algunas ocasiones es que la carga de trabajo, la falta de conocimiento o incluso la falta de oficio público provoca que las investigaciones tengan defectos.

MP Federal: Si es suficiente, pues una vez que Hacienda nos proporciona esa información (la información correspondiente a los usuarios, clientes y beneficiarios) se puede comenzar la investigación y hacer lo que se llama deslinde de responsabilidades (sic) de los sujetos que intervienen en posibles actividades de lavado de dinero. Además podemos tener acceso, a través de otras áreas de la Procu (sic), sobre las cuentas de las personas relacionadas y sus nexos con la delincuencia y si no tenemos directamente en sistema toda la información, a través de la policía se ordenan investigaciones en campo para que directamente constaten los indicios que tengamos (sic).

Pregunta 2.- ¿Usted cree que la información que debe recabarse guarda relación directa y es útil para prevenir e identificar el lavado de dinero?

Juez de Distrito: Pues la información en general puede ser útil para conocer a las personas que realizan las operaciones y la autoridad ministerial cuenta con acceso a bases de datos muy amplias para poder ligar a las personas con otras que estén vinculadas al narcotráfico y a la delincuencia organizada en general. Puede ser que no tenga relación directa (con la prevención del lavado de dinero) saber el nombre, domicilio y RFC de la persona que lleva a cabo la operación, pero sirve cuando menos para identificarla como te comenté y poder ubicar sus nexos en caso de que pertenezcan a la delincuencia organizada.

MP Federal: Sirve conocer quienes intervienen en las operaciones de lavado de dinero (sic) porque así puedes conocer sus vínculos delincuenciales. Conocer únicamente los datos de los clientes no sirve de nada para combatir el lavado de dinero, pero sirve cuando menos para saber si tienen un nexo con el crimen organizado.

Lo que sí sirve es que cuando llegue a juzgados la consignación (sic) los jueces valoren todos esos datos que les damos para que obsequien las órdenes de aprehensión, porque luego parece que los jueces les ayudan (sic) y no se dan cuenta que las investigaciones requieren de mucho tiempo y trabajo.

Estas dos preguntas y las respuestas provistas por los funcionarios, en relación con los resultados preliminares, puede dar cuenta que el mayor acierto de la legislación para prevenir el lavado de dinero es la obligación de recabar información de clientes, usuarios y beneficiarios de los sujetos obligados, pues dicha información es útil para que las autoridades investigadoras conozcan la identidad y paradero de quienes participan en una actividad riesgosa. Además, tal información es útil para armar redes o vínculos entre las personas que participan en actividades vulnerables, así como aquellas que tienen relación con la delincuencia organizada.

Con la información que se obtiene puede contrarrestarse la anonimidad de la cual se valen los delincuentes para lavar capitales, pues las bases de datos con las que cuentan las autoridades investigadoras sirven como una forma de identificación o de vínculos que forman los “prestanombres” de los delincuentes y que usualmente son los mismos en diversas operaciones riesgosas, con ello “suena una alarma” que hace poner atención a la autoridad de que una misma personas realice diversas operaciones catalogadas como riesgosas y al ser investigadas a fondo no cuente con los respaldos suficientes para acreditar de dónde provienen los recursos con los cuales opera.

De este modo, la recolección de la información es una virtud de la Ley, siempre y cuando sea utilizada para los fines de prevenir e identificar el lavado de dinero y no para otros fines, mucho menos de carácter recaudatorio fiscal, como existe el riesgo de que suceda y más adelante se pone de relieve.

Otra virtud, al menos en el plano político, es que la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita se

suma a otras legislaciones como son el Código Penal Federal en su artículo 400 bis y a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que forman un bloque de instrumentación legal para acción en contra de la delincuencia organizada y del lavado de dinero, situación que catapultó a México, y se insiste al menos en el plano político, como un país preocupado por esta actividad criminal que tiene impactos transnacionales.

Por lo tanto, en foros, ante organismos y agrupaciones dedicadas a éste tema como es el Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI por sus siglas) se tiene una percepción de cumplimiento y compromiso por parte del Estado mexicano, lo cual ayuda colateralmente en aspectos económicos como pueden ser la obtención de créditos, apoyos económicos para planes de seguridad y la atracción de inversiones extranjeras.

En resumidas cuentas y adoptando una postura optimista, la Ley cumple medianamente con el objetivo para el cual fue creada. A partir de la recolección de información que impone a los sujetos obligados, y aunque no sea del todo completo recabar únicamente la identidad y paradero de los clientes, usuarios y beneficiarios del sujeto obligado, sí sirve a la autoridad investigadora como punto de partida para detectar vínculos de éstas personas con el crimen organizado y su participación en el lavado de dinero.

No obstante lo anterior, no se soslaya el hecho de que la información que se obtiene sirve de manera directa para iniciar la investigación, pero no adquiere un nexo directo con el propósito de prevenir e identificar operaciones con recursos de procedencia ilícita, sino más bien, es un medio indirecto, ya que la información por sí sola no sirve para identificar el origen de los recursos, sino para identificar a los sujetos que **posiblemente** pudieran tener relación con actividades ilícitas y riesgosas como el lavado de dinero.

4.2.2 Análisis de los resultados relativos a la ineficacia de la Ley

En relación con los resultados atinentes a la ineficacia se les explicó a los entrevistados que ésta, es decir, la ineficacia, se agrupaba principalmente en tres vertientes, las normas ineficaces por ambiguas, las que lo son por el criterio de discriminación de las operaciones basadas únicamente en montos y las que son ineficaces por no corresponder a una forma real de lavar dinero ya que sus efectos son formales y no prácticos.

Por lo anterior, se comenzó con el cuestionamiento relativo a la ambigüedad de las normas y se les realizó la siguiente pregunta:

Pregunta 3.- ¿Cree Usted que la ambigüedad de algún término o concepto usado en las normas jurídicas pueda afectar en el logro del objetivo para el cual fueron diseñadas?

Juez de Distrito: La ambigüedad, o mejor dicho la claridad con la que se crean los preceptos legales son parte sustancial del enunciado normativo, de ahí que sea muy importante que se pueda comprender cuál es el sentido de la Ley, o lo que comúnmente se conoce como el espíritu de las normas. Por lo tanto, si los artículos son ambiguos será una necesaria interpretación conforme y si eso no se logra sin duda puede afectar el sentido y el cumplimiento de lo preceptuado, pero es importante aclarar que si es una falta de claridad meramente accidental no afecta.

Además, al momento de interpretar algún artículo debe tomarse en consideración en conjunto con otros preceptos que se encuentren ligados, porque con esa sistemática (sic) se puede lograr armonizar la legislación como un ordenamiento y no como una norma aislada o independiente. El error que comúnmente cometen es que aplican los preceptos (las autoridades responsables) sin tomar en consideración en su conjunto la Ley que están aplicando, lo cual puede llevar a una transgresión de los derechos del quejoso o del imputado y dará como resultado que se le deba conceder el amparo.

MP Federal: No lo sé, supongo que sí afecta, pero dependiendo de cada caso en concreto.

Las respuestas anteriores, primordialmente la del Juzgador de distrito, ayuda a comprender con mayor puntualidad que la ambigüedad del enunciado normativo puede estar ligada al hecho de que no se consiga el resultado para el cual se construyó la norma, es decir, que la ambigüedad haga que se desvíe la intención primaria que se busca con el ordenamiento.

Sin embargo, también es importante precisar que antes de llegar a tal determinación debe advertirse que la ambigüedad pueda ser subsanada con la interpretación armónica de algún otro precepto, en virtud de lo cual, la fracción IV del artículo 17 de la Ley que fue materia de los resultados preliminares presenta una ambigüedad en el concepto de habitualidad que puede ser subsanada con la fracción VIII del mismo artículo, tal y como se explica a continuación.

La fracción IV previene: “El ofrecimiento **habitual o profesional** de operaciones de...”, es decir, en esta fracción existe una disyunción entre sustantivos, mientras que en la fracción VIII dispone: “La comercialización o distribución **habitual profesional** de...”, o sea, en este precepto se conjuntan los sustantivos para unificarse. Por lo tanto, debe interpretarse que el concepto de habitual se entiende unido a profesional, de tal modo que la fracción IV interpretada armónicamente con el contenido de la fracción VIII, participa de la misma naturaleza de la conceptualización y por lo tanto no es que exista una separación de **habitual o profesional**, sino más bien debe comprenderse como un mismo sustantivo que guía la descripción de la conducta o acción regulada como **habitual profesional**.

Entonces, la ambigüedad que presenta el concepto “habitual” en la fracción IV no es de gran trascendencia para la eficacia de la norma, pues fácilmente se puede superar dicho problema con la interpretación armónica de las demás normas que forman parte de la misma Ley, por lo tanto, aún y cuando sea ambigua esta fracción IV no es ineficaz. Por su parte, la incertidumbre que resiente el sujeto por la citada ambigüedad es meramente transitoria y no permanente, pues al conocer lo que debe entender por “habitual” a partir de la fracción VIII, desaparece su incertidumbre jurídica.

No sucede lo mismo con la fracción XI del mismo artículo 17 de la Ley, que dispone el concepto “prepare”, ya que la ambigüedad que engendra este concepto, que no es de naturaleza jurídica, es tan general y arbitrario de definir que el sujeto puede entender lo que le convenga, al igual que puede hacerlo la autoridad. Por lo tanto, entre más arbitrariedad pueda existir en una norma, menor será la posibilidad de alcanzar el objetivo para el cual fue creada y la certidumbre jurídica se disminuye ante la posibilidad de arbitrariedades.

Lo anterior se afirma de tal modo, ya que cuando la norma está diseñada sin ambigüedad no existe cabida para la interpretación amplia y variada, sino para el cumplimiento exacto y concreto. Entonces, si el concepto es concreto y específico en vez de ambiguo, existe sólo la posibilidad de cumplir o no cumplir por parte del sujeto normativo, mientras que a la autoridad se le limita en hacer cumplir coactivamente únicamente en los casos en que verdaderamente exista el incumplimiento y no cuando interprete que pudiera llegar a existir.

De esta forma, se abona a la certidumbre jurídica en la esfera de acción de las personas, quienes tendrán el conocimiento pleno de cuáles serán los supuestos bajo los cuales podrán cumplir y cuáles serán causa de incumplimiento de las normas y con ello advertir las posibles sanciones.

Pero esta eficacia normativa de la que se habla, así como la certidumbre jurídica que genera, no se puede conseguir si la norma se construye a partir de conceptos ambiguos que permitan más de un significado o den pie a la arbitrariedad de la interpretación, ya sea por parte del sujeto normativo o de la autoridad, en todo caso la norma por ser ambigua impacta su funcionamiento adecuado para cumplir el objetivo con el cual se concibió, y además, impacta la garantía de certidumbre jurídica para que las personas conozcan sin lugar a dudas cuál es la conducta o comportamiento contenido en la norma.

Lo antes explicado sirve para concluir que el concepto “prepare”, que conforma la fracción XI del artículo 17 es sumamente ambiguo y por lo tanto la eficacia en la consecución de la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita se verá afectada, ya que el sujeto obligado podrá interpretar amplia y arbitrariamente este concepto como defensa ante un posible incumplimiento y por su parte la autoridad podrá hacer lo propio para incluir, incluso caprichosamente, todas aquellas operaciones que crea convenientes o que necesite incluir aunque no sean una forma para lavar dinero, que es precisamente el objeto que debería conseguirse con la Ley. Indudablemente esto colocará al sujeto normativo en un estado de incertidumbre jurídica al no saber qué conducta o comportamiento debe entender por “prepare” lo que puede ser usado con abuso por la autoridad.

Además, la ineficacia se ve aumentada por la ambigüedad del concepto que se ha mencionado ya que la falta de precisión y claridad de la norma, hace que se incluyan fácticamente todas las operaciones que puedan formar parte de cada una de las clases que comprende cada inciso de la fracción XI que se comenta, sin que se propicie una selección o discriminación de las actividades que en realidad pudieran llegar a ser riesgosas en el mecanismo del lavado de dinero. De ahí que no sea eficaz identificar todas las operaciones en estas actividades pues no todas son riesgosas de ser usadas en el lavado de dinero, por el contrario, la mayoría son lícitas y excepcionalmente resultan ilícitas.

Por otro lado, el criterio que se ocupa en la Ley para definir como riesgosa y objeto de aviso dentro de las actividades vulnerables es mediante la fijación de montos, lo cual resulta desapegado a la realidad y en consecuencia ineficaz, ya que existen muchos otros factores a considerar para poder determinar si una operación es riesgosa y útil en el lavado de dinero, y el monto de la operación poco o nada dice sobre la ilicitud del recurso o de la operación, menos cuando los montos previsto por la Ley son de alrededor de \$550,000 (quinientos cincuenta mil pesos 00/100MN) o menos.

Así, al considerar que la operación se vuelve riesgosa por el simple hecho de elevar de cierto monto deviene ineficaz para identificar y prevenir operaciones con recursos de procedencia ilícita, máxime que al ser montos de baja cuantía provocan que el universo de operaciones con este rango sea inmenso y mucho menos viable para identificar y delimitar las operaciones que sí pueden estar relacionadas con el lavado de dinero por realizarse con recursos de procedencia ilícita.

Ante la ineficacia por el criterio de selección de actividades riesgosas basado únicamente en el monto de la operación, la incertidumbre de los sujetos que participan en operaciones con estos montos se vuelve manifiesta, ya que serán considerados como sujetos de riesgo que posiblemente tengan relación con el lavado de dinero, hasta en tanto no acrediten el origen lícito de los recursos, lo cual podrá subsistir por todo el tiempo que tiene la autoridad para ejercer sus facultades de comprobación, así como la potestad punitiva del Ministerio Público. Dicho de otra forma, todos los sujetos que intervengan en actividades vulnerables y la operación sea por encima de los montos señalados son considerados como riesgosos no obstante que los recursos con los que operen sean lícitos y por lo tanto podrán ser investigados o revisados por parte de la autoridad en el momento que ésta así lo decida.

Por último, continuando con la entrevista de los funcionarios públicos, dentro de este mismo rubro de la ineficacia se encuentran aquellas normas que disponen actividades vulnerables que no tienen ningún efecto real y práctico para lavar dinero, por ser actividades meramente formales, y más bien nace a la vista el evidente carácter fiscal y recaudatorio que tienen ciertas normas dentro de esta Ley. A continuación se transcriben las preguntas y respuestas que dieron los funcionarios:

Pregunta 4.- ¿Usted cree que el acto meramente formal de constituir una persona moral puede ser usado para lavar dinero? Sin tomar en cuenta el monto de su capital fundacional, ni su activo, ni sus operaciones, sino simplemente la formalización de la Sociedad ante un fedatario público.

Juez de Distrito: No, la simple constitución es un acto jurídico que surte efecto entre las partes, su inscripción en el Registro Público de Comercio, la apertura de cuentas bancarias, la constitución de derechos reales y personales a favor de la sociedad y todos los actos de comercio que le son propios es el riesgo, pero la constitución es un papel, un contrato.

MP Federal: Si, porque con las empresas se lava la mayor parte del dinero, entonces no entiendo para que se pueda hacer una empresa si no se va a operar con ella, no tendría ningún caso.

Pregunta 5.- En su opinión, ¿La suscripción de un contrato de préstamo mercantil, independientemente del monto, puede ser usado para el lavado de dinero?

Juez de Distrito: No necesariamente, cada caso en específico tiene sus propias intenciones y suscribir un contrato por sí sólo no tiene influencia en el riesgo de lavar dinero, pero si lo tiene cuando estos instrumentos jurídicos son utilizados como medio para disimular la obtención de ganancias o dinero en general y que son ilícitos.

MP Federal: Si nada más se firma el contrato y no hay dinero de por medio no hay responsabilidad, menos que sea por un fraude o una simulación y se use para ese fin (sic), pero en las operaciones con recursos de procedencia ilícita siempre hay dinero de por medio o casas, carros, joyas, ranchos, cosas de mucho valor.

Pregunta 6.- ¿Usted cree posible que la simple realización de un avalúo pueda usarse para lavar dinero?

Juez de Distrito: No.

MP Federal: El avalúo ayuda a determinar los montos de la operación (sic) pero no es que con el avalúo se lave dinero, sino que nosotros como no somos expertos en valuar los bienes que se obtienen en el lavado de dinero, necesitamos de un perito valuator para saber el monto, pero con el avalúo no se puede lavar dinero, sólo es un dictamen del perito (sic).

Las respuestas de los funcionarios entrevistados son de cierta forma paralelas, aunque cada una desde una visión particular por el cargo que desempeñan, incluso por el desconocimiento del tema, no obstante que la Ley es parte del marco legal con el cual se desenvuelven parte de las funciones que ejercen, especialmente en el caso del Ministerio Público.

En este tenor, la fracción XII apartado A inciso c) y apartado B inciso a) b) y d) son ineficaces para prevenir el lavado de dinero, ya que las actividades previstas en estas fracciones normativas no conllevan un riesgo para operar con recursos de procedencia ilícita, pues son actos meramente formales que por sí mismos no trascienden al plano factico que se necesita para propiciar el lavado de dinero. Contrario a esto, las normas establecen todas ellas una intención más bien con carácter fiscal y recaudatorio, pues son actividades que pudieran ser objeto de tributo, ya sea en la constitución de personas morales, en los préstamos mercantiles y con los avalúos.

Entonces, la descripción normativa de estas fracciones al calificarlas como riesgosas por el simple acto formal de realizarlas y sin tomar en consideración las consecuencias fácticas que se puedan involucrar con estas actividades, hace que se vuelva ineficaz y no contribuya con el fin que busca la Ley que es la identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita, ya que no selecciona y mucho menos discrimina de manera útil y eficaz a las actividades que sí son un riesgo.

Lo anterior atrae la incertidumbre jurídica de los sujetos que participan en estas actividades, pues aunque no sean un riesgo, al calificarse como vulnerable la simple suscripción o elaboración de los instrumentos que se mencionan en las fracciones normativas, la Ley los califica como riesgosos y entonces sujetos de ser investigados y revisados por la autoridad en el momento que ésta así lo decida, no obstante que la mayoría de sujetos que intervienen en estas operaciones no tengan relación con el lavado de dinero.

Por lo tanto, el resultado final es que las normas analizadas en el capítulo tercero, dentro del apartado correspondiente a la ineficacia, se constata que sí son ineficaces y producen la incertidumbre jurídica del sujeto, con lo cual se ve vulnerado el estado de derecho y posiblemente mermará la certidumbre de gozar de ciertos derechos humanos cuando la autoridad ejerza su imperio en la revisión e investigación de estos sujetos obligados, sus clientes, usuarios y beneficiarios finales, ya que las normas no son siquiera eficaces para lograr el combate al lavado de dinero por no contribuir con la identificación y prevención de las operaciones con recursos de procedencia ilícita, de ahí que la Ley parezca haberse creado para un objetivo diferente para el cual funcionan estas normas.

4.2.3 Resultado de la inefectiva prohibición del uso de dinero en efectivo: Análisis de la antinomia y la incertidumbre jurídica que provoca

Otro de los resultados preliminares que se obtuvieron fue acerca de la prohibición del uso de dinero en efectivo pues tal restricción es ineficaz para el combate del lavado de dinero. Pero además, es inefectiva por la colisión normativa que provoca con otras normas que regulan la misma conducta pero en forma contraria, es decir, que regulan la permisión del uso de dinero en efectivo.

Ahora bien, la inefectividad se produce con la colisión normativa entre la prohibición del artículo 32 de la Ley y la permisión del artículo 7 de la Ley monetaria, aunado a las demás normas tanto nacionales como internacionales que también contienen prerrogativas a favor del sujeto normativo para usar dinero en efectivo. No obstante, la colisión evidente se genera entre el artículo 32 y el artículo 7 referidos al inicio, pues ambas normas regulan el uso de dinero en efectivo para realizar pagos o liberarse de obligaciones de pago.

De esta manera, el hecho de que exista una antinomia afecta la efectividad de la norma, pues el sujeto obligado puede valerse de cualquiera de esas normas jurídicas para arreglar su conducta. Es decir, puede optar por apegarse a la prohibición de usar dinero en efectivo para cumplir lo previsto por el artículo 32 de

la Ley antilavado, o bien, puede elegir constreñir su conducta a la permisión contenida en el artículo 7 de la Ley monetario (y a los otros tantos ordenamientos) y llevar a cabo los pagos en efectivo dentro de las actividades enunciadas como vulnerables y restringidas del artículo 32 de la Ley.

Es importante aclarar que el sujeto normativo no actuará arbitrariamente en ninguna de las decisiones que pueda tomar, ya sea para adecuarse a lo previsto en el artículo 32 o al 7, pues en ambos casos actúa de manera lícita, y se apega a la construcción normativa que mejor le convenga, porque ambas normas jurídicas forman parte del derecho vigente y resultan una opción de actuación para las personas al formar parte de la Ley Suprema de la Unión.

Así entonces, para desarrollar los resultados correspondientes a este apartado y siguiendo el mismo orden de la entrevista, a continuación se transcribe la pregunta y respuesta a los funcionarios entrevistados, haciendo hincapié que previo a las preguntas se les explicó a los entrevistados cuáles eran los resultados preliminares relacionados con la efectividad.

Pregunta 7.- ¿Usted cree que usar dinero en efectivo en ciertas actividades señaladas como vulnerables vuelve ilícita la operación o vuelve ilícito al dinero en sí mismo?

Juez de Distrito: No, la ilicitud proviene de la fuente u origen del dinero o del destino que se dé al mismo.

MP Federal: Lo ilícito es la procedencia del dinero, aunque puede ser que se disimule esa procedencia y entonces se habla (sic) de lavado de dinero, pero también si la gente no explica de dónde proviene se puede pensar (sic) que es dinero sucio (sic).

Pregunta 8.- El artículo 7 de la Ley Monetaria dispone el derecho de liberarse de las obligaciones de pago mediante el uso de billetes y monedas (dinero en efectivo)

y el artículo 7 de la Convención de Palermo, así como el artículo 14 de la Convención contra la Corrupción prohíben la restricción de capitales lícitos.

En su opinión, ¿La restricción al uso de dinero en efectivo colisiona con éstas normas y provoca una antinomia?

Juez de Distrito: Dependiendo de cada supuesto de aplicación, en general podría pensarse que sí, pero no se podría generalizar que en todos los casos sea así. La antinomia se puede estudiar hasta el momento en que se estudia (sic) cada caso en concreto y no por el simple hecho de sus literalidad de los artículos.

MP Federal: Podría ser que sí.

Pregunta 8 Bis.- De ser afirmativo:

¿Cree que esta antinomia coloca en estado de incertidumbre jurídica al sujeto?

Juez de Distrito: Como dije antes, si se comprueba que en el caso concreto existe una antinomia sucederá lo que sucede en general con las antinomias que es provocar incertidumbre jurídica y por lo tanto será necesario proceder a la protección del quejoso. Pero solamente si en verdad hay una antinomia.

MP Federal: Si.¹⁸⁷

Pregunta 9.- Si llega a existir una contradicción entre normas, es decir, que por un lado una norma permita una determinada conducta y otro lado existe otra que prohíbe esa misma conducta, en su opinión:

¿El sujeto podría acatar cualquier de las dos normas válidamente?

Juez de Distrito: No siempre, depende primero de determinar si existe o no una antinomia, ya que no siempre un artículo que otorga un derecho confronta con otro

¹⁸⁷ En el momento de contestar estas dos preguntas (8 y 8bis) se apreció que el entrevistado no tenía claridad de conocimiento en el tema de la antinomia, por lo cual se le explicó brevemente el concepto, sin embargo, su respuesta podría estar sesgada por el desconocimiento del tema.

artículo que impone una obligación o restricción, depende de cada caso en concreto del nivel de antinomia que se tenga (sic)¹⁸⁸.

MP Federal: Si, puede excusar (sic) su responsabilidad en el artículo que le permite actuar de forma contraria a la prohibición.¹⁸⁹

No obstante que las respuestas puedan estar un tanto desatinadas del tema de la antinomia, ya sea por la opinión personal o por el desconocimiento del tema, lo evidente es que la antinomia, cuando se demuestra la existencia de la misma, como en el caso concreto se demostró con la restricción del artículo 32 de la Ley y la permisión del artículo 7 de la Ley monetaria, lo innegable es que al sujeto se le presenta más de una opción de cumplimiento, y en cualquier caso su conducta será ajustada a una norma vigente.

Por lo anterior, cualquiera de las dos prescripciones normativas respalda el actuar de la persona y no será arbitraria su conducta. Por lo tanto, en caso de que no cumpla con la prohibición, tendrá pretextada su conducta con la oportunidad de incumplir que le concede la otra norma, de ahí que el sujeto pueda incumplir la prohibición con base en la permisión de otra norma jurídica y es precisamente esa inseguridad lo que vuelve inefectiva la restricción del uso de dinero en efectivo, pues el sujeto tiene a su disposición el derecho o la posibilidad de incumplir la norma con base en otra norma jurídica que así se lo permite.

¹⁸⁸ Para el entrevistado existen diferentes niveles de antinomia y aunque no dio la fuente de su opinión, refiere que puede existir un nivel alto de antinomia (sic) si la contradicción entre las disposiciones se refiere a cuestiones sustanciales, mientras que el nivel de la antinomia será menor si la contradicción es por cuestiones accesorias, accidentales o transitorias (sic).

Al respecto de la opinión del entrevistado no es materia de esta investigación comprobar la veracidad o no de lo emitido, sin embargo, se remite para el tema de la antinomia lo explicado en el capítulo primero, así como al aparato crítico empleado para tal exposición. Aclarando que para esta investigación la antinomia será categórica, es decir, existe o no existe y ello será determinado a partir de los elementos definitorios de las normas (véase capítulo primero apartado 1.3 y siguientes), mientras que las ambigüedades y vaguedades sí podrán ser graduales, como igualmente se explicó y analizó en el capítulo primero y en el capítulo tercero.

¹⁸⁹El entrevistado al momento de contestar ésta pregunta se refirió a las causales de exclusión de la responsabilidad en materia penal, más que a la elección del sujeto normativo entre cualquiera de las normas contradichas cuando se presentan las antinomias.

Es muy importante aclarar que se considera que el sujeto puede ir en contra de la restricción del uso de dinero en efectivo y usarlo aún en las actividades señaladas como vulnerables, pero de ningún modo puede respaldar la permisión del artículo 7 para usar dinero de procedencia ilícita, pues la antinomia únicamente gira en torno a la prohibición o permisión de usar dinero en efectivo, más a la licitud, lo cual debe ser requisito sine qua non.

Continuando con el tema de la colisión, se afirma que el sujeto al encontrarse en medio de una norma que previene una prohibición como es el artículo 32 de la Ley y la permisión prevista en el artículo 7 de la Ley monetaria, pierde certidumbre jurídica para conocer cual conducta o comportamiento puede desplegar sin que sea sancionado o afectado, y esto no debe limitarse a la simple interpretación de asumir la prohibición como preferente para evitar la sanción, sino más bien, debe concederse el valor que ambas normas tienen y por lo tanto evitar la sanción para el sujeto hasta en tanto sea resuelta la antinomia, pues el sujeto normativo se encuentre atrapado entre una prohibición y una permisión, lo cual le permite optar por cualquiera de las normas que así lo previenen, hasta que sea resuelta la colisión normativa que lo mantiene atrapado en la incertidumbre jurídica.

En concreto, el resultado es que la restricción del uso de dinero en efectivo para pagar y liberarse de obligaciones que previene el artículo 32 de la Ley es inefectiva al colisionar con otras normas que previenen lo contrario para el mismo supuesto, es decir, permiten el pago ilimitado con dinero en efectivo, por lo tanto, esta antinomia permite al sujeto optar válidamente por cualquiera de las normas que se contradicen y sin que su conducta pueda ser catalogada como arbitraria y mucho menos ilegal, ya que la misma se basa en un precepto que regula su conducta al caso en concreto.

Así, la antinomia pone al sujeto en un estado de incertidumbre jurídica al tener prevista más de una forma de comportamiento para el mismo supuesto, lo que sin duda le permite actuar de uno u otro modo sin que pueda ser materia de sanción su conducta, pues la incertidumbre es ajena a su comportamiento, la inseguridad

proviene de las normas y por lo cual se le coloca al sujeto entre la indecisión de cuál de ambos preceptos es el que debe prevalecer hasta en tanto no se resuelva la colisión, lo cual ni siquiera depende del sujeto ni de la autoridad encargada de la aplicación, sino otra diversa.

Esta inefectividad no debe ser reprochada al sujeto normativo y por ello más adelante en las propuestas se abordará el principio de no afectación, bajo el cual la autoridad debe abstenerse de ejercer cualquier acto de molestia o afectación al sujeto normativo que tenga permisión de actuar de cierto modo aunque haya en contrario otra norma que le prohíba la misma conducta.

4.2.4 Ineficiencia derivado del encarecimiento para cumplir la Ley

Por último, en relación al tema de la ineficiencia se contrastó a partir de la obligación de archivar y resguardar la información y documentación en favor de la autoridad por el término de cinco años prevista en el artículo 18 de la Ley, lo que se considera es totalmente ineficiente y se le impone al sujeto normativo una carga innecesaria para el cumplimiento de sus obligaciones, lo que a la vez provoca que la implementación práctica de esta fracción normativa encarezca la operación del sujeto obligado, no obstante que existen opciones mejores para su cumplimiento.

Al imponer como obligación que el sujeto deba resguardar y archivar la información y documentación, fácticamente se le está imponiendo un gasto adicional a su operación cotidiana para que pueda cumplir sus obligaciones, pero además, ésta obligación se prorroga por el largo plazo de cinco años, lo cual implica la utilización de recursos materiales y/o humanos enfocados a archivar y resguardar la documentación e información por todo ese plazo.

Entonces, el cumplimiento de la norma no se encuentra constreñido con la forma de comportamiento o actuar de cierta forma, sino además, el sujeto normativo tiene la necesidad de gastar recursos económicos para implementar acciones, procedimientos, sistemas y demás mecanismos mediante los cuales se pueda

custodiar, proteger, resguardar y evitar la destrucción u ocultamiento de la información y documentación.

Lo anterior se vuelve un problema, ya que el mismo resultado podría conseguirse optimizando los recursos tecnológicos con los que cuenta la autoridad y así eliminar o cuando menos reducir la carga que se le impone al sujeto para cumplir con estas obligaciones y sobre todo reducir al menor tiempo posible la posibilidad de que el sujeto cumpla con la entrega de información y que la autoridad disminuya su oportunidad de revisar al sujeto normativo.

Dicho de otro modo, la carga impuesta de archivar la información podría efficientarse, puesto que la autoridad actualmente recibe electrónicamente tanto información como documentación de declaraciones fiscales, incluso ciertos trámites son a través de la plataforma informática con la que cuenta, por lo tanto, la autoridad tendría el mismo resultado si recibiera la información materia de la Ley antilavado por este mismo medio en forma mensual.

De tal modo, si la autoridad hoy en día tiene los medios suficientes para recibir de forma electrónica información y documentación digitalizada, entonces estos mismos elementos tecnológicos pueden utilizarse para recibir la información derivada de la Ley antilavado y con ello se evitaría un gasto de almacenaje para las personas obligadas, pues entonces los sujetos normativos no tendrían que archivar la información por cinco años, pues la autoridad recibiría la información y documentación digitalizada mes con mes, tal y como sucede actualmente con ciertas declaraciones que los propios contribuyentes se encuentran acostumbrados a realizar mensualmente.

Al respecto de estas obligaciones los funcionarios entrevistados dieron las siguientes opiniones, a quienes se les explicó lo antes anotado en relación a la ineficiencia:

Pregunta 9.- ¿Cree Usted que afectaría o beneficiaría al sujeto que la información se la hiciera llegar a la autoridad de forma mensual por medios electrónicos?

Juez de Distrito: No creo que afectara a la autoridad recibir la información mensualmente, pero quién sabe si a las personas que están obligadas les conviniera por todo el trabajo que implicaría hacerlo. Además quien sabe si la autoridad tiene la capacidad de procesar todas esa información.

MP Federal: Pues con tal de que las personas den la información necesaria no importa si se hace cada mes o después, aunque me parece que serviría mejor antes de cinco años porque esto es mucho tiempo, de por sí integrar una investigación tarda mucho tiempo, pues más se tardaría si se espera a cinco años (sic).

Pregunta 10.- El hecho de que el sujeto resguarde la información por cinco años ¿Usted cree que pudiera fomentar la incertidumbre jurídica en comparación a que sí la información se envía mensualmente a la autoridad como se hace con ciertas declaraciones fiscales?

Juez de Distrito: Lo mismo sucede con la documentación fiscal y con la documentación mercantil, me parece que la autoridad ocupa esta costumbre para que el sujeto tenga a su disposición la información, no sé que tanto pueda afectar la certidumbre jurídica ni tampoco sé si en todos los casos.

MP Federal: No (sic).¹⁹⁰

Con las respuestas de los entrevistados pudiera parecer que la certidumbre jurídica del sujeto obligado es poca cosa o que ni siquiera se toma en consideración, sin embargo, a lo largo de la investigación y propiamente en el capítulo anterior se demostró que no es el mismo efecto que la información sea entregada a la autoridad de forma inmediata, mes a mes, y después de eso ya no exista la responsabilidad

¹⁹⁰ Con la finalidad de no contaminar la respuesta del entrevistado únicamente se apunta la respuesta que dio en primer lugar. Aunque se aclara que después de una explicación más amplia del tema de la ineficiencia comulgó con el hecho de que es mucho tiempo el que tiene la autoridad para requerirle a las personas la información y similar al otro funcionario adujo que es una costumbre de la autoridad hacendaria.

de archivar para el sujeto, a que su obligación se extienda por el largo lapso de cinco años y que en cualquier momento de todo ese plazo pueda ser requerida la persona por la autoridad.

Así las cosas, si fueran utilizados los recursos informáticos con los que cuenta la autoridad para poder recibir la información de forma mensual, sería innecesario imponer la pesada carga obligacional al sujeto para que conserve, custodie y proteja la información por el plazo de cinco años. Mientras que el objetivo se conseguiría sin ningún problema, ya que la autoridad recibiría de forma electrónica la información señalada en el artículo 18, como lo hace actualmente con ciertas declaraciones fiscales. En razón de esto, se volvería eficiente el proceso o la forma de lograr el cumplimiento de la obligación en pro de los sujetos obligados, consiguiendo el mismo resultado propuesto por la Ley pero a más bajo costo.

Así, la optimización de los recursos se lograría a través del envío mensual de los avisos con la información y documentación digitalizada a la autoridad, con lo que se aligera la carga de custodiar, resguardar, proteger y evitar la destrucción de la información por el plazo de cinco años, y con esto además se contribuiría a la certidumbre jurídica del sujeto, quien no tendría que mantener a disposición de la autoridad la información por todo el tiempo señalado, ni tendría que esperar a ser requerido en el momento que así lo quisiera la autoridad, sino por el contrario, mensualmente podría entregar la información y con ello se liberaría de la obligación.

4.2.5 Comprobación de la hipótesis

De tal modo, los resultados antes precisados dan pie a afirmar que la hipótesis fue comprobada. Pues la investigación estuvo guiada por la hipótesis de que en ciertos casos la aplicación de normas jurídicas no óptimas, o sea, ineficaces, inefectivas o ineficientes puede llegar a ser causa de transgresión de las garantías individuales del sujeto normativo y de sus derechos humanos.

Esta hipótesis se encuentra comprobada con el análisis realizado dentro del capítulo tercero, así como por lo corroborado los resultados que nos ocupan dentro del presente capítulo, pues:

Primero: Cuando se trata de normas que se construyen a partir de conceptos ambiguos que no ayudan a comprender el significado de la disposición, o bien, cuando los conceptos permiten más de un significado y dan lugar a la arbitrariedad de la interpretación, ya sea por parte del sujeto obligado o por parte de la autoridad, entonces se impacta negativamente a la garantía de certidumbre jurídica para que las personas conozcan sin lugar a dudas cuál es la conducta o comportamiento contenido en la norma, y además su eficacia se reduce, ya que no contribuye directamente con los fines del ordenamiento legal que debería conseguirse sin dar lugar a las arbitrariedades, pero también se perturba la efectividad de las normas, por no existir claramente definida o determinada cuál es la conducta que el sujeto normativo debe desplegar y con ello se promueve nuevamente la inseguridad jurídica.

Dentro de las normas analizadas en el apartado de ineficacia, aquellas que tiene que ver con actividades riesgosas calificadas así por el monto, o por la mera suscripción del acto jurídico son ineficaces, ya que no conducen al logro del objetivo planteado por la Ley, pero además violentan la certidumbre jurídica de las personas involucradas, a quienes se les presume riesgosas de estar relacionadas con el lavado de dinero por ese simple hecho y no por el verdadero riesgo que represente el sujeto, con lo cual, la autoridad puede revisar o fiscalizar al sujeto por el plazo de cinco años y durante todo ese tiempo la certeza del sujeto se encuentra entre dicha.

Derivado de lo anterior, las personas que intervienen dentro de las actividades analizadas en el apartado de ineficacia contenido en el capítulo tercero se ven vulneradas en su certeza jurídica pues pueden ser molestadas por la autoridad, ya que se les presume como riesgosas de incurrir en lavado de dinero, cuando tal riesgo únicamente es presumido y no es real, ya que se les presume riesgosas por la simple actividad que realizan y por los montos que dispone la Ley

analizada, pero no por condiciones que hagan evidente la participación en el lavado de dinero, de tal modo el grueso de personas son presumidas como riesgosas tal y como se estudió en el capítulo tercero.

Segundo: Cuando una norma jurídica colisiona con otra u otras normas y se genera una antinomia, se provoca un serio estado de incertidumbre jurídica en el sujeto, ya que tendrá dos o más normas jurídicas que regulan el mismo comportamiento o conducta en forma contradictoria, y por su parte, el sujeto podrá optar por cualquier forma de comportamiento que esté previsto en esas normas, sin que el hecho de optar por uno u otro sea arbitrario, sino más bien legítimo por estar basado en un precepto vigente, de ahí que no tiene por qué ser sancionado, sea cual sea su comportamiento o conducta, hasta en tanto sea resuelta la antinomia.

Además, las antinomias trastornan la efectividad de las normas, pues el sujeto no tiene nada más una forma de comportamiento, sino por el contrario, tiene dos o más formas de conducirse y además son contradictorias, lo cual afecta el debido y exacto cumplimiento para que la norma pueda ser calificada como efectiva.

Las antinomias transgreden la efectividad debido a la arbitrariedad con la que puede conducirse el sujeto obligado o la autoridad al momento de cumplir o aplicar la norma. Es decir, el sujeto o la autoridad podrá cumplir o aplicar la norma, según sea el caso, bajo el supuesto que mejor le convenga y por ello el debido cumplimiento de la norma es inalcanzado, pues no existe una sola y clara determinación de la conducta que deba desplegar el sujeto para un caso en concreto, sino que contrario a ello se previenen por diversas normas más de una forma de comportamiento lo cual genera incertidumbre y provoca que la norma, sea cual sea, sea inefectiva de cumplirse.

Tercero: Si la implementación pragmática de las normas jurídicas conlleva un encarecimiento para el sujeto obligado se vuelven ineficientes, máxime cuando el cumplimiento de las mismas puede hacerse por medios que impliquen el uso de

menos recursos materiales y humanos, o sea, cuando se optimizan recursos para poder implementar las normas jurídicas en el plano fáctico.

Las obligaciones que tienen plazos que se alargan por mucho tiempo para poder ser cumplidas o requeridas, como son cinco años en el caso de las normas analizadas, se vuelven inseguras para los sujetos obligados, pues durante cualquier fase de todo ese plazo podrá ser requerido el cumplimiento por parte de la autoridad. Contrario a esto, los plazos reducidos en los cuales subsista la obligación, contribuyen a la certidumbre jurídica del sujeto, quien podrá deshacerse de su carga obligacional en poco tiempo y con ello podrá adquirir la certeza de que no será molestado en lo futuro por la autoridad.

De tal forma se ha comprobado la hipótesis que se planteó durante el desarrollo de esta investigación. Pero ahora, es importante concluir este trabajo con las propuestas de solución, las cuales se dividen en dos vertientes, una ubicada dentro del plano práctico y su aplicación podría ser tangible mediante la implementación de un procedimiento y una serie de reformas. Mientras que la segunda se ubica en el plano teórico, mediante la cual se pretenden sentar bases generales y básicas de un principio general de derecho que guíe el criterio jurídico dentro de la Teoría General del Derecho.

ANEXO DE PROPUESTAS

Propuestas de solución a los problemas identificados en la investigación

5. Clasificación de las propuestas de solución

Este apartado será dividido en dos tipos de propuestas, el primero encaminado a una solución pragmática que implica la implementación de un procedimiento de consulta jurisdiccional, así como la reforma de ciertos artículos de los cuales se ha dado cuenta en la investigación. Por otro lado, también se incluirá una solución de carácter teórica mediante la cual será explicado de forma general y básica la concepción de un principio general de derecho que logre permear la Teoría General del Derecho desde el nuevo paradigma de los derechos humanos.

5.1 Procedimiento de consulta jurisdiccional en caso de colisiones normativas (antinomias)

Cuando el sujeto normativo se encuentra entre una colisión normativa que produce una antinomia y no sabe a ciencia cierta cuál de las normas contrapuestas es la que prevalece en el caso concreto, es necesario proporcionarle un instrumento jurisdiccional de consulta vinculante para casos reales y concretos. Dichas consultas deben ser atendidas por el Poder Judicial de la Federación por ser quienes ejercen el control concentrado de la constitución, lo cual permitiría que, en caso de normas que colisionen con la Ley Suprema de la Unión, o bien, que sean inconventionales puedan sentar precedentes para futuros casos discutibles en demandas de amparo.

Esta propuesta tiene una aplicación similar en materia fiscal, con las consultas que se les hace a las autoridades hacendarias conforme lo disponen los artículos 34 y 34-A del Código Fiscal de la Federación. Por lo tanto, sería necesario adecuar el procedimiento de consulta dirigido a la autoridad jurisdiccional, debiendo sustentar las bases de esta consulta en la Constitución y en la Ley de Amparo como una forma de acceso a la justicia pronta y expedita, pero además como medio de

control concentrado de la constitución, todo lo cual sería en aras de contribuir a la protección de la certidumbre del sujeto de acuerdo al nuevo paradigma en materia de derechos humanos.

La reglamentación sería contenida en el legislación de amparo, pues si bien es cierto la consulta no irrigaría una protección y amparo federal, no menos cierto resulta que sí irrogaría la maximización de la garantía de certidumbre jurídica a través de la cual se gozan otros derechos humanos y por lo cual es importante que el Poder Judicial de la Federación intervenga en la interpretación previa al conflicto de las normas que puedan causar un estado de vulnerabilidad al sujeto que se encuentra frente a una antinomia.

Para la materialización de la consulta que se propone en este primer punto sería prudente en primer lugar la modificación del texto constitucional en su artículo 103, fracción I que al día de hoy señala lo siguiente:

Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;¹⁹¹

A la literalidad de este artículo se le agregaría el texto dirigido a facultar a los Tribunales Federales para resolver sobre las consultas sobre casos reales y concretos de antinomias, y para ello se propone la siguiente modificación:

¹⁹¹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 103, fracción I, recuperado del sitio oficial de la Cámara de Diputados federal, versión electrónica, formatos PDF y HTML, fecha de consulta 15 de abril de 2015, disponible en:

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

También para resolver contradicciones de normas de carácter general que sean opuestas entre sí, aplicables a casos reales y concretos;

Esta primer modificación fundaría la competencia de rango constitucional que tendría el poder judicial federal para conocer sobre las consultas que se deriven de antinomias. Sin embargo, también sería necesaria la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal para poder atribuir facultades a los órganos jurisdiccionales específicos y de tal modo se propone la reforma del artículo 29 de la citada Ley Orgánica en los siguientes términos:

Artículo 29. Los tribunales unitarios de circuito conocerán:

I. De los juicios de amparo promovidos contra actos de otros tribunales unitarios de circuito, que no constituyan sentencias definitivas, en términos de lo previsto por la Ley de Amparo respecto de los juicios de amparo indirecto promovidos ante juez de distrito. En estos casos, el tribunal unitario competente será el más próximo a la residencia de aquél que haya emitido el acto impugnado;

II. De la apelación de los asuntos conocidos en primera instancia por los juzgados de distrito;

III. Del recurso de denegada apelación;

IV. De la calificación de los impedimentos, excusas y recusaciones de los jueces de distrito, excepto en los juicios de amparo;

V. De las controversias que se susciten entre los jueces de distrito sujetos a su jurisdicción, excepto en los juicios de amparo,

VI. De las contradicciones de normas de carácter general que sean opuestas entre sí, aplicables a casos reales y concretos a que se refiere el artículo 103 fracción I de la Constitución Federal; y

VII. De los demás asuntos que les encomienden las leyes.¹⁹²

Es importante señalar que la modificación a este artículo concedería competencia a los Tribunales Unitarios de Circuito para resolver las consultas que se proponen como solución dentro de este punto. La razón por la cual se consideró pertinente que la facultad sea a favor de los Tribunales Unitarios es primeramente porque sus funciones esencialmente consisten en ser Tribunales de Alzada o revisores de las resoluciones o controversias suscitadas entre jueces de distrito o en amparos indirectos contra actos de magistrados unitarios federales, con lo cual se presume la experiencia suficiente en relación a la interpretación de normas a casos concretos y principalmente en la solución de recursos que se interponen ante su conocimiento.

Pero también se considera que la carga de trabajo entre juzgados de distrito y tribunales unitarios es notoriamente diversa, basta confrontar las atribuciones que tienen los juzgados de distrito, los cuales incluso se dividen por especialidades y con facultades principalmente para instruir procedimientos y conocer de amparos indirectos, considerando que la carga de trabajo es sumamente mayor en relación a la que pueden tener los tribunales unitarios. Además, es importante adelantar que la consulta jurisdiccional sobre antinomias no será de carácter contencioso, por lo tanto la carga de trabajo para los tribunales no aumentará exponencialmente.

Por lo anterior, con las reformas que hasta ahora se proponen, las consultas para resolver antinomias serían competencia del poder judicial federal a través de los tribunales unitarios de circuito. Pero también se hace necesario reformar la

¹⁹²*Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, artículo 29, recuperado del sitio oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, versión electrónica, formato WORD, fecha de consulta 15 de abril de 2015, disponible en: <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/Reformas.aspx?IdLey=2569>

vigente Ley de Amparo, para dotar de las reglas mínimas aplicables al procedimiento de consulta y por ello se propone la modificación de la denominación del título cuarto y la adición del capítulo VII a dicho título.

Actualmente el título cuarto de la Ley de Amparo se denomina: **Jurisprudencia y Declaratoria General de Inconstitucionalidad**, pero para efectos de materializar la propuesta se cambiaría la denominación a: **Jurisprudencia, Declaratoria General de Inconstitucionalidad y Consultas**. Además, sería necesario adicionar un capítulo VII al título cuarto de la Ley de Amparo para quedar en los siguientes términos:

TÍTULO CUARTO

Jurisprudencia y Declaratoria General de Inconstitucionalidad y Consultas

CAPÍTULO VII

Consultas sobre normas generales contradictorias

Artículo 235 Bis.- Los tribunales unitarios de circuito serán competentes para conocer de las consultas para resolver contradicciones de normas de carácter general que sean opuestas entre sí, aplicables a casos reales y concretos. En lo no previsto dentro de este capítulo será aplicable lo previsto para el amparo indirecto, siempre y cuando no se contraponga a la naturaleza no contenciosa de las consultas.

Las consultas no tendrán como objetivo resolver controversias entre las partes, únicamente resolverán las contradicciones que entre normas se susciten en casos reales y concretos, por lo tanto las pruebas e información que se desahogue tendrá como único efecto que el órgano jurisdiccional pueda comprender con la mayor amplitud posible las situaciones reales y concretas en las que se apliquen las normas contradichas, para la resolución de la contradicción normativa.

Artículo 236 Ter.- Las consultas se formularán por escrito o por los medios electrónicos previstos para el amparo y deberá contener lo siguiente:

I. Nombre y domicilio del consultante y del que promueve en su nombre, quien deberá acreditar su representación;

II. El nombre y domicilio del tercero interesado, y si no los conoce, manifestarlo así bajo protesta de decir verdad. Para tales efectos, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 5 de este ordenamiento, tendrá el carácter de tercero interesado la persona que pueda ser afectada en sus derechos por la interpretación que se haga de las normas contradictorias consultadas.

El órgano jurisdiccional debe notificar a cualquier persona que tenga el carácter de tercero interesado y que se advierta de la información allegada a la consulta, y además podrá requerir la información, incluido su domicilio, a las partes que intervengan en la consulta;

III. La autoridad o autoridades encargadas de la aplicación o ejecución de las normas generales que se señalen como contradictorias;

IV. Las normas generales que sean contradictorias entre sí, y bajo protesta de decir verdad se manifestarán las situaciones reales y concretas en las que cobrarán aplicación tales normas contradictorias;

V. Los antecedentes y circunstancias necesarias para que el órgano judicial se pueda pronunciar al respecto. Así como los documentos y demás pruebas que tenga el consultante.

VI. La exposición en la cual se alegue la contradicción de las normas generales y la afectación que se pueda resentir con su aplicación o ejecución. La falta de este último requisito no será causa de desechamiento de la consulta.

Se acompañará una copia del escrito en el cual se haga la consulta y de los documentos que se anexen al mismo para cada una de las partes que deban

intervenir en la consulta. Cuando no sean exhibidas las copias o no se cumplan con los requisitos previstos en las fracciones I a V de este artículo será requerido el promovente para que en el término de cinco días las exhiba y cumpla con los requisitos omitidos, si el consultante no atiende el requerimiento dentro del plazo concedido para ello será desechada su consulta.

Artículo 236 Quarter.- Con las copias exhibidas de la consulta, el órgano jurisdiccional notificará al tercero interesado para que en el término de cinco días alegue lo que a su derecho corresponda.

También notificará a las autoridades encargadas de la aplicación o ejecución de las normas generales aludidas como contradictorias, solicitándoles informe, el cual rendirán en el término máximo de quince días y deberán incluir la información relacionada a la aplicación o ejecución que les competa en las situaciones reales y concretas manifestadas por el consultante, así como las acciones que serían materia de su ejecución o aplicación y en caso de incumplimiento de las normas por parte del consultante las sanciones previstas para tal situación.

Iniciada la consulta y sin necesidad de formar incidente, la autoridad deberá suspender la aplicación o ejecución de las normas alegadas como contradictorias, siempre y cuando se cumplan con los mismos requisitos establecidos en el artículo 128 y para lo cual el órgano jurisdiccional ordenará lo conducente.

Con los informes rendidos por las autoridades, el órgano jurisdiccional resolverá la consulta en el plazo de quince días, salvo que deban desahogarse pruebas ofrecidas por las partes y éstas sean necesarias para la resolución de la consulta. En caso de que el tribunal unitario considere que no le son necesarias dichas pruebas para resolver la consulta, podrá resolver dentro del plazo aludido citando a las partes para oír la resolución correspondiente.

Artículo 236 Quintus.- Las autoridades quedarán vinculadas por la resolución de la consulta realizada, pero únicamente por lo que se refiere a los casos reales y concretos que hayan sido materia de la consulta, sin que quede comprendido ninguno otro.

Las consultas serán improcedentes cuando:

I. No exista contradicción entre las normas aludidas por el consultante;

II. Las normas aludidas por el consultante no sean aplicables a las situaciones reales y concretas que manifestó en su consulta;

III. Las autoridades encargadas de la aplicación o ejecución de las normas generales contradictorias no sean las señaladas por el consultante.

El promovente podrá corregir o aclarar las autoridades señaladas en su consulta una vez que sean rendidos los informes y hasta antes de que se cite para emitir la resolución de la consulta;

IV. Exista algún recurso o medio de impugnación promovido al tiempo en que se promueva la consulta.

VI. La consulta se promueva una vez que las normas señaladas como contradictorias fueron aplicadas o ejecutadas y causó estado la resolución o acto por medio del cual se aplicaron o ejecutaron las normas.

También será improcedente la consulta cuando exista algún recurso o medio de impugnación promovido en contra del acto o resolución a que se refiere el párrafo anterior.

VII. Se encuentre promovida o se haya resuelto otra consulta por las mismas normas generales contradictorias, las mismas autoridades y los mismos casos reales y concretos.

La improcedencia de la consulta puede ser decretada por el órgano jurisdiccional en cualquier momento y contra dicha determinación el consultante podrá promover el recurso de revisión en los términos del artículo 81 de esta Ley.

Este sería el procedimiento que se propone para realizar las consultas sobre antinomias. Como puede apreciarse es sencillo y tiene como única finalidad que el juzgador realice una interpretación sobre antinomias que se presenten en casos reales y concretos, a fin de que el sujeto normativo pueda consultar cuál de las normas debe ser la que prevalezca y la que debe cumplir en el caso real y concreto que dé a conocer al juzgador.

También es prudente proponer la modificación de los artículos 36 para aclarar la competencia de los tribunales unitarios y el artículo 81 para proveer del recurso de revisión al consultante en caso de que declaren improcedente su consulta. Para lo cual se propone el siguiente texto en cada caso:

Artículo 36. Los tribunales unitarios de circuito sólo conocerán de los juicios de amparo indirecto promovidos contra actos de otros tribunales de la misma naturaleza. Será competente otro tribunal del mismo circuito, si lo hubiera, o el más próximo a la residencia de aquél que haya emitido el acto reclamado.

También conocerán de las consultas a que se refieren el título cuarto, capítulo VII de esta Ley y será competente el tribunal del domicilio del consultante o el de las autoridades encargadas de la aplicación, o el del lugar donde se deba llevar a cabo la ejecución de las normas señaladas en la consulta, a elección del promovente.

Artículo 81. Procede el recurso de revisión:

I. En amparo indirecto, en contra de las resoluciones siguientes:

...

II. En amparo directo, en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales que establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de acuerdos generales del pleno.

III. En las consultas previstas en el título cuarto, capítulo VII de esta Ley únicamente procede el recurso cuando se decreta la improcedencia de la consulta. La resolución de la consulta es irrecurrible, así como cualquier otra que se decreta durante el procedimiento de consulta.

Las partes resaltadas de todos los artículos que se han transcrito con anterioridad son las propuestas para implementar el procedimiento de consulta, mientras que el texto restante es el mismo que hoy se encuentra vigente dentro de la Ley de Amparo, de la Constitución Federal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

El objetivo de la consulta no es resolver una contienda entre la autoridad y el consultante, sino más bien, la consulta tiene como objetivo resolver una contradicción normativa que se suscita en casos reales y concretos y por lo tanto se hace necesaria la interpretación del Juez. De ahí la necesidad de que el juzgador conozca las posturas tanto del sujeto normativo como obligado por la norma, como de la autoridad al ser encargada de la aplicación de la norma. De tal forma, el juzgador podrá interpretar, en el caso real y concreto que le expongan, cuál de las normas colisionadas es la que debe prevalecer y cuál conducta o comportamiento es la que debe desplegarse válida y legalmente sin ninguna repercusión desfavorable para el sujeto normativo.

Ahora bien, cuál es el beneficio de esta consulta. Por un lado, el sujeto normativo tendrá la certeza de cuál es la interpretación correcta que debe darse a

las normas colisionadas y entonces decidir por cuál de las normas debe orillar su comportamiento. Mientras que la autoridad tendrá más limitada su arbitrariedad y evitará que se lleve todo un procedimiento administrativo o algún proceso judicial para el que gobernado pueda obtener la protección de la autoridad jurisdiccional a través de la interpretación o esclarecimiento del sentido de alguna norma.

Debe aclararse que para que proceda la consulta el magistrado debe constatar que en efecto exista una antinomia, es decir, que para un mismo supuesto existan dos o más normas preceptuadas en contrario. A partir de este requisito de procedibilidad se estudiarán los restantes, y así entonces el magistrado puede llegar a dictar la resolución correspondiente, siempre y cuando no haya ninguna causal de improcedencia de la consulta.

Por último, el consultante tiene a su disposición el recurso de revisión en caso de que el magistrado decreta que la consulta es improcedente, lo cual es acorde con los derechos humanos de justiciabilidad y acceso a un recurso efectivo y sencillo dispuesto a favor de cualquier persona conforme a los tratados internacionales de los que México es parte.

De tal modo, queda expuesto que la reforma de los artículos anteriores da lugar a la implementación de la consulta jurisdiccional vinculatoria para las autoridades cuando existan antinomias, pero siempre y cuando sea en casos reales y concretos. Es importante precisar en esta parte, que para materializar esta consulta, previamente es necesario implementar mesas de trabajo con los magistrados del poder judicial federal y las diversas áreas del Consejo de la Judicatura Federal para que emitan una opinión técnica al respecto, así como para perfeccionar la consulta propuesta.

También es comprensible pensar que esta propuesta puede llegar a ser vista con rechazo dado que implica carga adicional de trabajo a la que ya tienen los magistrados unitarios de circuito, sin embargo, ello no sería pretexto ni razón suficiente para desestimarla, ya que la consulta es acorde al nuevo paradigma

constitucional en ventaja de los derechos humanos y de las garantías fundamentales de las personas, en específico de la certidumbre jurídica como pilar del estado de derecho para que los individuos conozcan a ciencia cierta y sin lugar a dudas sus derechos y obligaciones aún cuando existan normas contradictorias.

La consulta que se propone, aún y cuando es perfectible, se suma a los instrumentos que tienen las personas para salvaguardar sus derechos humanos, pues la solución de antinomias por parte de la autoridad judicial dota de certeza jurídica al sujeto para que pueda optar por alguna de las normas contrapuestas y con ello asuma la conducta que prefiera, pero conociendo de forma indudable cuáles serán las consecuencias de sus actos, a la vez que delimita la arbitrariedad de la que podría ser objeto la interpretación de la autoridad como encargada de la aplicación de las normas.

Por último, es dable señalar que al igual que sucede con cualquier reforma, se tendría que exponer ante legisladores las razones, motivos y utilidad de ésta consulta para que pudiera iniciarse una propuesta de reforma tanto a la Ley de Amparo como a la Constitución y en este último caso, además que fuera aprobada por la mayoría de las legislaturas de los Estados. No obstante ello, por ahora basta dar por sentada la propuesta de consulta como una forma de solución a las antinomias que causan problemas de ineficacia y de ineffectividad, como se abordó ampliamente en el capítulo tercero.

5.2 Reformas de los artículos no óptimos de la Ley

Esta propuesta comprende rediseñar el contenido prescriptivo de algunas de las normas que integran la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recurso de Procedencia Ilícita, lo cual puede optimizar los preceptos legales y con ello se consiga dar certeza jurídica al sujeto normativo, aunado a la reducción de las antinomias, ambigüedades y vaguedades existentes.

Dentro de los artículos que deben ser reformulados se encuentran los analizados dentro del capítulo tercero y para ello a continuación se procede en el mismo orden que se llevó en ese capítulo a sugerir la modificación de cada uno de ellos.

El artículo 14 actualmente dispone lo siguiente:

Artículo 14. Para los efectos de esta Sección, los actos, operaciones y servicios que realizan las Entidades Financieras de conformidad con las leyes que en cada caso las regulan, se consideran Actividades Vulnerables, las cuales se regirán en los términos de esta Sección.¹⁹³

La propuesta de modificación del texto de este precepto tiene como finalidad acotar criterios de identificación de riesgo, usando para ello lineamientos que se marcan dentro de las reglas de carácter general que de por sí utilizan las instituciones financieras para identificar operaciones riesgosas y que se emiten por parte de la Secretaría de Hacienda.

Artículo 14. Para los efectos de esta Sección, serán consideradas como Actividades Vulnerables los actos, operaciones y servicios que las Entidades Financieras identifiquen como riesgosas de acuerdo a los montos de la operación en relación con los perfiles de cada cliente, usuario o beneficiario final que intervenga en la operación, aunado a la habitualidad de las operaciones y demás criterios de identificación de riesgos que se determinen en las reglas de carácter general que emita la Secretaría.

Cuando el cliente, usuario o beneficiario final no revele el origen del dinero o por cualquier causa se niegue a dar información al respecto, las Entidades Financieras considerarán riesgosa la operación y deberá darse aviso inmediato a la autoridad conforme lo dispone el artículo 15 de esta Ley.

¹⁹³ Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, consultada en su versión PDF en la página web oficial de la Cámara de Diputados Federal mediante el link: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ el día 15 de abril del año 20145.

Con el texto antes propuesto se considera que las únicas operaciones que deben considerarse como actividades vulnerables son aquellas que en realidad representen un riesgo y para ello deben tomarse en consideración criterios que las Entidades Financieras ya ocupan de por sí en su actividad diaria y que está basada en criterios similares a los propuestos en el texto anterior y que permiten tomar en consideración las características primordiales de las operaciones como son los perfiles de los clientes, la habitualidad de los movimientos que realizan, los montos, la información que se tenga de cada cliente, para con todo ello poder determinar si en verdad una operación es o no riesgosa.

El artículo siguiente a modificar de acuerdo a la propuesta que aquí nos ocupa es el artículo 17, sin embargo, como fue analizado desde el capítulo tercero, hay varias fracciones que se propondrá reconfigurar. En razón de esto y por cuestiones de método, se transcribirá primeramente el contenido del artículo 17 y posteriormente cada una de las fracciones que serán materia de la modificación, seguida de inmediato por la propuesta de reforma que se hace en cada caso y que se resalta para su fácil identificación:

Artículo 17. Para efectos de esta Ley se entenderán Actividades Vulnerables y, por tanto, objeto de identificación en términos del artículo siguiente, las que a continuación se enlistan:¹⁹⁴

...

IV. El ofrecimiento habitual o profesional de operaciones de mutuo o de garantía o de otorgamiento de préstamos o créditos, con o sin garantía, por parte de sujetos distintos a las Entidades Financieras.

...

La propuesta de modificación a esta fracción es muy sencilla, consiste sólo en retirar la disyunción “o” para que el concepto de habitual profesional se asemeje al incluido en la fracción VIII, y por lo tanto el texto sería:

¹⁹⁴ *Ibidem*, artículo 17 fracciones, IV, XI, XII, apartado A y apartado B, inciso a) b) y d).

IV. El ofrecimiento **habitual profesional** de operaciones de mutuo o de garantía o de otorgamiento de préstamos o créditos, con o sin garantía, por parte de sujetos distintos a las Entidades Financieras.

Con esta sencilla modificación se resuelven o disminuyen los problemas de vaguedad para dar pié a la mejor interpretación posible, lo cual se abordó en el análisis contenido en el capítulo tercero. Ahora bien, la fracción XI tiene a la fecha el siguiente texto:

XI. La prestación de servicios profesionales, de manera independiente, sin que medie relación laboral con el cliente respectivo, en aquellos casos en los que se prepare para un cliente o se lleven a cabo en nombre y representación del cliente cualquiera de las siguientes operaciones:

Esta fracción puede ser optimizada para evitar la ambigüedad que existe con el término “prepare”, y por lo tanto, se propone el texto:

XI. La prestación de servicios profesionales, de manera independiente, sin que medie relación laboral con el cliente respectivo, en aquellos casos en los que se lleven a cabo en nombre y representación del cliente cualquiera de las siguientes operaciones:

El texto anterior omite la parte que actualmente existe en la citada fracción en relación al concepto “prepare”. Se considera que la responsabilidad de la operación debe ser del cliente más no del profesionista, ya que la decisión final y el beneficio de la operación será para el cliente, por lo tanto, el asesoramiento no debe ser condenado o sancionado en términos de esta legislación, a menos que el profesionista actúe en nombre y representación del cliente, caso en el cual podría interpretarse como una responsabilidad compartida, pues el profesionista realiza actos materiales a favor del cliente y podría presumirse, aunque no asegurarse, que el beneficio será compartido.

A continuación la fracción XII, apartado A, establece en su texto vigente lo siguiente:

A. Tratándose de los notarios públicos:

c) La constitución de personas morales, su modificación patrimonial derivada de aumento o disminución de capital social, fusión o escisión, así como la compraventa de acciones y partes sociales de tales personas.

En relación a esta disposición y concordando con lo previsto en el capítulo tercero, se considera como opción viable omitir el simple acto de constituir una persona moral y para lo cual se propone el siguiente texto:

c) Tratándose de personas morales, la modificación patrimonial derivada de aumento o disminución de capital social, fusión o escisión, así como la compraventa de acciones y partes sociales de tales personas, siempre y cuando impliquen un aumento en el patrimonio social.

Como se hizo hincapié en el capítulo tercero, la sola formalización de una sociedad no es idónea para el lavado de dinero, ya que la operación es lo que podría implicar el lavado de dinero pero no la simple constitución.

Ni siquiera suponiendo que el capital fundacional derive de recursos ilícitos podría pensarse que ese simple acto es idóneo para el lavado de dinero, ya que el blanqueamiento provendría de la operación de la empresa y no simplemente de la constitución de la sociedad.

Por último, en relación al artículo 17, se propone la reforma y derogación de cierta parte de la fracción XII, apartado B, que hoy señala:

XII. La prestación de servicios de fe pública, en los términos siguientes:

B. Tratándose de los corredores públicos:

a) La realización de avalúos sobre bienes con valor igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal;

b) La constitución de personas morales mercantiles, su modificación patrimonial derivada de aumento o disminución de capital social, fusión o escisión, así como la compraventa de acciones y partes sociales de personas morales mercantiles;

Dos son los problemas que presenta este precepto. El primero relacionado con el avalúo y el segundo relacionado con la constitución de personas morales, éste último merece el mismo comentario que el realizado anteriormente. Por lo tanto, como propuesta de solución, se propone derogar el inciso a) y reformar el inciso b), para quedar en los siguientes términos:

XII. La prestación de servicios de fe pública, en los términos siguientes:

B. Tratándose de los corredores públicos:

a) Se deroga.

b) Tratándose de personas morales mercantiles, la modificación patrimonial derivada de aumento o disminución de capital social, fusión o escisión, así como la compraventa de acciones y partes sociales de tales personas, siempre y cuando impliquen un aumento en el patrimonio social;

Esta propuesta incluye que se derogue el inciso a), ya que la simple realización de un avalúo no es susceptible de usarse en el lavado de dinero, por el contrario, se requiere de una materialización o actividad posterior a la sola realización del avalúo. Mientras que la constitución de una persona moral sigue la misma suerte que lo comentado líneas anteriores, ya que se trata de un acto meramente formal.

Pasando al siguiente artículo materia de esta propuesta, se aborda la reforma del artículo 18, el cual a la fecha dispone:

Artículo 18. Quienes realicen las Actividades Vulnerables a que se refiere el artículo anterior tendrán las obligaciones siguientes:

I. Identificar a los clientes y usuarios con quienes realicen las propias Actividades sujetas a supervisión y verificar su identidad basándose en credenciales o documentación oficial, así como recabar copia de la documentación;

II. Para los casos en que se establezca una relación de negocios, se solicitará al cliente o usuario la información sobre su actividad u ocupación, basándose entre otros, en los avisos de inscripción y actualización de actividades presentados para efectos del Registro Federal de Contribuyentes;

III. Solicitar al cliente o usuario que participe en Actividades Vulnerables información acerca de si tiene conocimiento de la existencia del dueño beneficiario y, en su caso, exhiban documentación oficial que permita identificarlo, si ésta obrare en su poder; en caso contrario, declarará que no cuenta con ella;

IV. Custodiar, proteger, resguardar y evitar la destrucción u ocultamiento de la información y documentación que sirva de soporte a la Actividad Vulnerable, así como la que identifique a sus clientes o usuarios.

La información y documentación a que se refiere el párrafo anterior deberá conservarse de manera física o electrónica, por un plazo de cinco años contado a partir de la fecha de la realización de la Actividad Vulnerable, salvo que las leyes de la materia de las entidades federativas establezcan un plazo diferente;

V. Brindar las facilidades necesarias para que se lleven a cabo las visitas de verificación en los términos de esta Ley, y

VI. Presentar los Avisos en la Secretaría en los tiempos y bajo la forma prevista en esta Ley.

La propuesta en este artículo se refiere principalmente a complementar el tipo de información solicitada a los clientes, usuarios y beneficiarios, así como el

tiempo que debe mantener el sujeto normativo la información a favor de la autoridad, en razón de lo cual se considera adecuado el siguiente texto y sólo por cuanto hace a las fracciones que se mencionan a continuación:

Artículo 18. Quienes realicen las Actividades Vulnerables a que se refiere el artículo anterior tendrán las obligaciones siguientes:

I. Identificar a los clientes y usuarios con quienes realicen las propias Actividades sujetas a supervisión y verificar su identidad basándose en credenciales o documentación oficial, así como recabar copia de la documentación. **De igual modo le solicitarán información relacionada con el origen del dinero o de los bienes con los que realiza la operación y de ser posible deberán exhibir los documentos con los que corrobore sus manifestaciones.**

La falsedad de los datos, información o documentación proporcionada será presumida por la autoridad como ilicitud del origen del dinero o de los bienes usados en la operación, salvo prueba en contrario.

...

IV. Custodiar, proteger, resguardar y evitar la destrucción u ocultamiento de la información y documentación que sirva de soporte a la Actividad Vulnerable, así como la que identifique a sus clientes o usuarios. **La información y documentación podrá remitirse mensualmente a través de los medios que disponga la Secretaría para los avisos a que se refiere esta Ley.**

La información y documentación a que se refiere el párrafo anterior deberá conservarse de manera física o electrónica, por un plazo de cinco años contado a partir de la fecha de la realización de la Actividad Vulnerable, **salvo que se haya remitido la información previamente a la Secretaría y se acredite con el acuse que para tal efecto se emita, caso en el cual no existirá obligación de conservar la información.**

Lo que se propone en primer lugar es incluir la información relacionada con el origen del dinero, ya que dicha disposición es inevitable en esta Ley, pues el objetivo es prevenir e identificar operaciones con recursos de procedencia ilícita o

lavado de dinero, de ahí la importancia de conocer de dónde provienen los recursos implicados en las operaciones vulnerables, Por otro lado, es importante conceder al sujeto normativo la oportunidad de liberarse de su obligación de conservar y resguardar la información por el largo plazo de cinco años, lo cual se puede conseguir poniendo a su disposición la posibilidad de remitir la información y documentación de forma mensual y sólo ante su incumplimiento se alargue el plazo por cinco años.

Continuando, también se considera materia de modificaciones el artículo 21, porque lejos de contribuir con una dinámica favorable para la economía nacional se aletarga la movilidad económica, pero se puede optimizar dicho precepto que a la letra establece lo siguiente:

Artículo 21. Los clientes o usuarios de quienes realicen Actividades Vulnerables les proporcionarán a éstos la información y documentación necesaria para el cumplimiento de las obligaciones que esta Ley establece.

Quienes realicen las Actividades Vulnerables deberán abstenerse, sin responsabilidad alguna, de llevar a cabo el acto u operación de que se trate, cuando sus clientes o usuarios se nieguen a proporcionarles la referida información o documentación a que se refiere el párrafo anterior.

El texto anterior se propone reformarlo en los siguientes términos:

Artículo 21. Los clientes o usuarios de quienes realicen Actividades Vulnerables les proporcionarán a éstos la información y documentación necesaria para el cumplimiento de las obligaciones que esta Ley establece.

Quienes realicen las Actividades Vulnerables deberán dar aviso en todos los casos que sus clientes o usuarios se nieguen a proporcionarles la referida información o documentación a que se refiere el párrafo anterior. La negativa será presumida por la autoridad como ilicitud del origen del dinero o de los bienes usados en la operación, salvo prueba en contrario

Se considera innecesario que las operaciones se detengan por falta de información, ya que el capital debe mantenerse en circulación, máxime que se vive en una sociedad mundialmente capitalista que relega la inanición económica. Por lo tanto, la operación se ejecuta y el capital circula, sin embargo, el sujeto que se negó a dar la información pertinente podrá ser objeto de investigación por parte de la autoridad, quien además lo presumirá como un riesgo para el lavado de dinero ante la negación de dar información sobre el origen del dinero. No obstante ello, la persona puede probar ante la autoridad la licitud del dinero o de los bienes usados en la operación, ya que la presunción es iuris tantum o salvo prueba en contrario.

Para finalizar con las modificaciones más importantes de la Ley, se considera que el artículo 32 debe ser impregnado del contenido de lo previsto en los instrumentos internacionales relacionados con el lavado de dinero y por lo tanto debe cambiarse su contenido que a la fecha previene:

Artículo 32. Queda prohibido dar cumplimiento a obligaciones y, en general, liquidar o pagar, así como aceptar la liquidación o el pago, de actos u operaciones mediante el uso de monedas y billetes, en moneda nacional o divisas y Metales Preciosos, en los supuestos siguientes:

I. Constitución o transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles por un valor igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación;

II. Transmisiones de propiedad o constitución de derechos reales sobre vehículos, nuevos o usados, ya sean aéreos, marítimos o terrestres por un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación;

III. Transmisiones de propiedad de relojes, joyería, Metales Preciosos y Piedras Preciosas, ya sea por pieza o por lote, y de obras de arte, por un valor igual o

superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación;

IV. Adquisición de boletos que permita participar en juegos con apuesta, concursos o sorteos, así como la entrega o pago de premios por haber participado en dichos juegos con apuesta, concursos o sorteos por un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación;

V. Prestación de servicios de blindaje para cualquier vehículo de los referidos en la fracción II de este artículo o bien, para bienes inmuebles por un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación;

VI. Transmisión de dominio o constitución de derechos de cualquier naturaleza sobre los títulos representativos de partes sociales o acciones de personas morales por un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación, o

VII. Constitución de derechos personales de uso o goce de cualquiera de los bienes a que se refieren las fracciones I, II y V de este artículo, por un valor igual o superior al equivalente a tres mil doscientas diez veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal, mensuales al día en que se realice el pago o se cumpla la obligación.

En lugar de esta prescripción normativa, se propone la siguiente reforma, sólo por lo que se refiere al artículo 32, sin considerar el cambio de sus fracciones.

Artículo 32. Queda prohibido restringir la circulación de capitales lícitos, incluidas las operaciones en efectivo por cualquier monto, siempre y cuando se identifique el origen del dinero o de los bienes utilizados en la operación conforme las disposiciones de esta Ley, y serán materia de aviso en todos los casos los supuestos siguientes:

Esta propuesta atiende al contenido de los instrumentos internacionales que se abordaron primordialmente en el capítulo segundo, así como en el capítulo tercero y previene la posibilidad de realizar operaciones por cualquier monto con recursos dinerarios en efectivo, ya que la ilicitud no deriva de usar dinero en efectivo, sino de la procedencia de dichos recursos, lo cual comulga con las diversas disposiciones legales del derecho interno, así como de tratados internacionales que se han estudiado a lo largo de esta investigación, lo que también contribuye a eliminar la antinomia de la cual se dio cuenta en el capítulo tercero.

Hasta aquí se deja la propuesta de reforma de los artículos que han sido abordados. Pero se precisa que para poder materializar la reforma se tendría que realizar el proceso legislativo correspondiente, lo cual sólo se actualiza con la propuesta de reforma que emita algún grupo político en el congreso, por lo cual a fin de que esta propuesta fuera realizada, previamente se debe buscar un bastión político de apoyo e incluso someter la propuesta a la opinión de expertos en otras ramas como son financieros, economistas, contadores, y cualquier otro que pueda tener relación con la implementación fáctica de la reforma, por ejemplo las autoridades facultadas para la aplicación de la Ley.

Para concluir este capítulo relativo a las propuestas, se da paso final a sugerir como solución teórica la construcción de un principio general del derecho, al cual se ha denominado “principio de no afectación” al buscar que la autoridad no despliegue ningún acto que pueda vulnerar o afectar los derechos del sujeto normativo que se encuentra en medio de dos normas contradictorias, para lo cual se explica a continuación en el último apartado.

5.3 El principio de no afectación

Por último, toca desarrollar una propuesta mediante la cual se sugiere la concepción de un principio general de derecho a través del cual se pueda guiar la actuación de las autoridades cuando existan casos reales y concretos con antinomias, con la finalidad de evitar afectaciones en el sujeto normativo y contribuir

con la certeza jurídica que debe proporcionar el sistema jurídico a través de sus ordenamientos legales.

Debe advertirse desde ahora que no se teorizará con la profundidad que merece por sí mismo la conceptualización de un nuevo principio general de derecho, pues hacerlo llevaría tantas líneas como las que nos han ocupado hasta ahora y merece una investigación propia, lo cual no es el objetivo de este trabajo.

Sin embargo, este último punto debe servir como piedra angular para dar los cimientos de una idea que pueda ser edificada con posterioridad, con el suficiente trabajo de investigación y madurez de pensamiento que ayude a lograr la concreción de una doctrina específica para el principio general de derecho y su teoría correspondiente, o quizás, el abandono de la idea por no tener bases reales de aplicación, lo cual sólo podría ser descubierto con el examen teórico y práctico propicio de un trabajo independiente.

Una vez advertida la intención que se tiene con esta propuesta, resulta útil entender lo que puede comprenderse por principio, y para ello vayamos al significado más general y ordinario:

Del latín *principum*. Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia; causa, origen de algo; cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes; norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.¹⁹⁵

De tal modo, puede comprenderse la propuesta de conceptualizar un principio general de derecho como medio para sentar las bases o fundamentos de actuación de la autoridad y paralelamente que sea un medio útil a las personas para

¹⁹⁵ *Diccionario de la lengua de la Real Academia Española*, Consultado el día 30 de abril del año 2015, en su versión electrónica recuperado del link:
<http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=VIsWtXHJ5DXX2Zf0mQkO>

defenderse de los embates autoritarios cuando se pretendan aplicar normas contradictorias.

La génesis de esta propuesta viene de la simple idea de no sancionar a las personas que no son responsables de la existencia de preceptos contradictorios, como es el caso de los sujetos normativos, pues estos no forman parte del proceso legislativo. Mientras que los encargados de crear las leyes no tienen ninguna repercusión por la creación de este tipo de normas antinómicas derivadas de la escasa o nula técnica legislativa, aunado a la falta de oficio político para crear leyes eficaces, efectivas y eficientes.

De ahí que surja la inquietud en forma de reclamo al proponer este principio, ya que las personas no deben ser responsables de acatar una norma que les sea inconveniente si tienen frente a ellos otra norma que regule el mismo supuesto y les conceda un beneficio mayor o una permisión en contrario a la otra norma, pues no se le puede exigir al sujeto normativo el sacrificio de sus derechos cuando el propio sistema legal le concede un beneficio o prerrogativa para el mismo caso concreto.

Bajo esta premisa se piensa como denominación correcta para el principio materia de esta propuesta “principio de no afectación”, pues simplemente se pretende que la autoridad encargada de la aplicación de la norma antinómica no la aplique ni ejecute en detrimento del sujeto normativo, ya que de hacerlo se le afectaría a pesar de que exista otra norma que le permita actuar en forma diferente. Para aclarar esto, piénsese en el uso de dinero en efectivo para comprar bienes inmuebles por encima de los límites establecidos por la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

En el ejemplo anterior existe una antinomia entre el artículo 32 de la Ley antilavado que prohíbe el uso de dinero en efectivo y el artículo 7 de la Ley Monetaria que permite el uso de dinero en efectivo sin restricciones, (así como otros ordenamientos internacionales y nacionales) lo cual fue abordado ampliamente en el capítulo segundo y tercero. Bajo este supuesto, si se pone como ejemplo la

compraventa de una casa por dos millones de pesos, de acuerdo a la Ley antilavado debería sancionarse al vendedor y al comprador a pesar de que acreditaran cabalmente que el origen del dinero es lícito, pues el citado artículo 32 prohíbe categóricamente el pago con dinero en efectivo en este tipo de operaciones.

No obstante, los implicados en esta operación tienen el derecho de usar dinero en efectivo lícito conforme lo dispone el artículo 7 de la Ley Monetaria y otros instrumentos internacionales, en virtud de lo cual su actuación no puede ser comprendida como ilícita, pues actúan precisamente al amparo de una norma permisiva que les concede la oportunidad de actuar conforme lo hicieron y usar dinero en efectivo en la compraventa de la casa, aunque se supere por mucho el límite dispuesto en la Ley antilavado.

Entonces, por un lado la autoridad aplicará la norma prohibitiva y tratará de sancionar a las personas implicadas en la compraventa, sin embargo, estas personas podrán alegar que actuaron bajo la permisión del artículo 7 de la Ley Monetaria. No obstante, hoy en día la autoridad se encuentra facultada para desplegar cualquier acto de afectación comprendido en sus funciones a fin de sancionar a estas personas y con ello imponer las multas previstas en la Ley antilavado e iniciar el procedimiento de ejecución para el cobro de las multas.

Ante ese escenario, los sujetos afectados deben defenderse con la interposición de recursos, medios de impugnación o de los juicios que sean procedentes, sin embargo, para que se pueda obtener la suspensión de la ejecución por ejemplo, el sujeto debe disponer de recursos económicos y humanos a fin de lograr que su defensa sea efectiva, en razón de lo cual su defensa está supeditada a condiciones externas al sujeto, mismas que puede tener o no a su disposición, pero el punto medular de toda esta reflexión es insistir en el hecho de que el sujeto actúa al amparo de otra norma que le permitía actuar de la forma en que lo hizo, por lo tanto no debería ser responsable de todos los efectos colaterales que trae consigo esta colisión de normas.

Así, el principio de no afectación busca que la autoridad no despliegue actos de afectación en detrimento del sujeto normativo, siempre y cuando su actuación tenga como fundamento lo preceptuado en otra norma que le permita comportarse de la forma en que lo hizo, y con ello se verifique una antinomia. Es importante explicar que este principio no pretende paralizar o impedir la actuación de la autoridad, únicamente busca limitar la ejecución de la sanción o de cualquier acto de implique una afectación material en la esfera jurídica de los derechos del sujeto.

Este principio se sugiere como instrumento útil a la autoridad y al sujeto, para maximizar la red de protección constitucional. De tal modo, se comparte el criterio de Manuel Morales Hernández quien considera que:

...en la actualidad la contumacia del derecho positivo establecido se ha visto rebasada por el vigente modelo económico, político, tecnológico, comercial y social del país, evidenciándose de manera constante las antinomias y lagunas jurídicas que sufren en varios aspectos nuestros códigos, lo que ha obligado a los jueces instructores a buscar, dentro de las limitaciones existentes, una orientación, ya sea por su iniciativa, interpretando para su función los Principios Generales de Derecho...¹⁹⁶

Así entonces, se considera que el principio de no afectación será una herramienta útil no sólo a las autoridades jurisdiccionales, sino a cualquier otra que tenga dentro de sus facultades la aplicación de normas, pues delimita su actuación para que no despliegue actos que afecten a los sujetos normativos y que esto lo haga de modo lícito, sin riesgos de incurrir en responsabilidades por omitir actuar conforme a sus funciones o facultades.

Pero además, este principio de no afectación comulga con el principio pro persona previsto en el artículo primero constitucional, pues ante la presencia de dos o más normas que contengan disposiciones encontradas, se interpreta como mayor

¹⁹⁶ MORALES HERNÁNDEZ, Manuel, *Principios Generales del Derecho*, Porrúa, México, 2009, Pág. 19.

beneficio a la persona que su actuar no es arbitrario ni mucho menos ilícito, por lo tanto, no podría resentir la norma hasta el momento en que sea resuelta la antinomia, ya que antes se encuentra inmerso en una ola de incertidumbre que le impide tener claridad de la conducta que le puede ser reprochada.

Por todo lo anotado, se piensa que el principio de no afectación conforma un criterio orientador cuyo objeto es dirigir e inspirar a la autoridad¹⁹⁷, y en su caso, evitar que se le afecte al sujeto normativo ante la presencia de antinomias. Pero, para que pueda cobrar vigencia y aplicación este principio deben concurrir ciertos requisitos que permitan hacer que nazca el principio a la vida jurídica.

Por ahora se consideran al menos cinco requisitos *sine qua non* para el nacimiento del principio de no afectación:

- 1.- La existencia de una antinomia o contradicción normativa.**
- 2.- Que el sujeto haya actuado en una situación real y concreta conforme a una de las normas colisionadas.**
- 3.- El sujeto alegue ante la autoridad la existencia de tal contradicción normativa.**
- 4.- El sujeto ejerza los medios de defensa que tenga disponibles.**
- 5.- Paralización de cualquier acto de afectación en contra del sujeto normativo.**
- 6.- La sanción que en su caso se imponga al sujeto una vez resuelta la antinomia no será retroactiva y surtirá sus efectos a partir de que se resolvió la antinomia.**

¹⁹⁷ Cfr. ALVAREZ LEDESMA, Mario I, *Principios jurídicos*, Mc Graw Hill, México, 2015, Pág.54.

Para comprender cómo se traduce cada uno de estos requisitos a continuación se explica como corresponde.

La existencia de una antinomia o contradicción normativa. Este primer requisito es indispensable para que se pueda concebir el principio de afectación, pues únicamente cobra aplicabilidad cuando existe una colisión de normas. De tal modo, cuando se constata a priori que para un mismo supuesto existen dos o más preceptos contradictorios se tendrá por cumplido esta exigencia.

La comprobación de la antinomia por parte de la autoridad encargada de la aplicación no debe ser exhaustiva, basta que la norma alegada por el sujeto y la norma que debe aplicar la autoridad puedan cobrar aplicación en el mismo caso concreto, para que así apriorísticamente se decida que existe una colisión normativa y deba surtir efectos el principio de no afectación.

Se piensa este requisito como necesario ya que una de las normas contrapuestas es la que debe fundar la actuación del sujeto normativo para que pueda ser lícito y justificado su comportamiento.

Que el sujeto haya actuado en una situación real y concreta conforme a una de las normas colisionadas. Como consecuencia del primero se entrelaza este segundo requisito, el cual obliga a que la actuación del sujeto normativo se despliegue en un caso real y concreto basado en una norma que así se lo permita, aunque exista otra u otras que se lo impidan, pues como se ha venido señalando, la existencia de un precepto que permita al sujeto comportarse de la forma que lo hizo es suficiente para que su conducta sea justificada y lícita.

El sujeto alegue ante la autoridad la existencia de tal contradicción normativa. El principio de no afectación es un instrumento útil para la autoridad como se mencionó líneas antes, pero igualmente útil es para la defensa de los derechos del sujeto normativo, por lo tanto, debe ser alegado por él mismo la

existencia de una colisión normativa, pues de acuerdo a la simple dinámica con la cual cobra vigencia el principio de no afectación, el sujeto se conduce conforme a un precepto que así se lo permite, en razón de lo cual, cuando se le pretenda sancionar o molestar por parte de la autoridad, éste tendrá la carga de precisar la norma en la cual se fundó su comportamiento a fin de contrastar la norma alegada por el sujeto con la que pretenda aplicar la autoridad y verificar si acontece una antinomia o no.

El sujeto ejerza los medios de defensa que tenga disponibles. No se puede paralizar la función ni facultades de la autoridad bajo el principio de no afectación, por lo tanto, el sujeto normativo se encuentra obligado a promover e instar los medios de defensa que tenga a su disposición para tratar de contrarrestar y evitar la aplicación de la norma pretendida por la autoridad, con lo cual se llegará a la sede judicial donde se resuelva la antinomia que forma parte total del nacimiento de este principio de no afectación.

En caso de que el sujeto normativo no despliegue su defensa a través de los medios que tenga a su disposición, la autoridad quedará en libertad de aplicar la norma y podrá sancionar al sujeto, además de ejecutar la sanción. Lo cual concuerda con la sinergia de los procedimientos y procesos de defensa que se contemplan dentro del sistema jurídico nacional al consentir los actos de autoridad, pues éstos quedan firmes y son ejecutables, de ahí que la falta de promoción de defensa del sujeto produzca su tácito consentimiento para la aplicación de la norma antinómica que le afecta.

Paralización de cualquier acto de afectación en contra del sujeto normativo. Una vez verificada a *priori* la antinomia alegada por el sujeto normativo, así como el comportamiento del sujeto conforme a una de las normas contrapuestas, la autoridad tendrá el deber de paralizar o suspender cualquier acto material de aplicación de la norma y la ejecución de sanciones sin necesidad de garantía o de cualquier otro requisito.

La paralización anterior no implica que la autoridad no pueda continuar con el procedimiento o el ejercicio de sus facultades, sino solamente se constriñe a los actos materiales que vulneren de cualquier modo la esfera jurídica de derechos del sujeto y principalmente la ejecución de sanciones.

Esto implica que la autoridad podrá continuar con el desarrollo de procedimientos, procesos o facultades, incluida la emisión de resoluciones, pero sin que pueda ejecutar dichas resoluciones ni ejercer actos de afectación hasta en tanto se decida en definitiva por parte de la autoridad jurisdiccional sobre la antinomia alegada y dicha resolución cause estado.

La sanción que en su caso se imponga al sujeto una vez resuelta la antinomia no será retroactiva y surtirá sus efectos a partir de que se resolvió la antinomia. Por último, la sanción que se imponga al sujeto normativo cobrará efectos hasta el momento que cause estado la resolución que decida sobre la antinomia, siempre y cuando la resolución le sea adversa, sin que puedan aplicarse las sanciones de modo retroactivo.

Este requisito final, se guía en función de la incertidumbre jurídica en la que se encuentra el sujeto durante todo el tiempo que pasa desde que la autoridad pretende aplicarle la norma antinómica para sancionarlo y hasta que la colisión normativa es resuelta por una autoridad jurisdiccional.

Todo este tiempo no puede ser en detrimento ni perjuicio del sujeto, ya que éste actúa conforme a una norma que le permite actuar de la forma que lo hizo y aunque pudiera interpretar la colisión normativa no es facultad del sujeto resolverla, por lo tanto la sanción no puede ser retroactiva, pues antes de tener certeza de cuál norma resultaba aplicable, el sujeto se comportó de acuerdo a un precepto vigente emitido por la autoridad legislativa. Por lo tanto, la tardanza en la resolución de una antinomia, problema que no es ocasionado por el sujeto, no tiene razón o sustento para que sea soportado por el individuo.

Hasta aquí se concluye con la explicación básica de los requisitos propuestos para que surta efectos el principio de no afectación.

Como se puede observar con las líneas anteriores, este principio general de no afectación pretende ser un medio a través del cual se maximice la protección del individuo en el sistema jurídico nacional, lo cual además congenia con el nuevo paradigma en materia de derechos humanos que se encuentra en transición y que es terreno fértil para el impulso de ideas y prácticas que privilegien al individuo por encima de las autoridades o de los intereses del Estado, mismos que en nuestros días y en nuestra realidad es evidente que se ha separado del bien común con el cual se constituyó la idea del Estado moderno.

Por todo lo anterior, se propone el principio de no afectación como una forma de resistir los actos de autoridad derivados de aplicación de normas antinómicas, a fin de formar una nueva concepción de la protección del individuo con base en el principio pro persona y el nuevo modelo constitucional para la protección del los derechos humanos.

Sin duda esta es una propuesta que debe ser madurada, profundizada de acuerdo a las variables que implican su conceptualización y desarrollada con esmero y atino, lo cual podrá hacerse en un trabajo aparte, ya que esta investigación tiene un propósito diferente y ésta propuesta de solución a los problemas de ineficacia, ineficiencia e ineffectividad por las antinomias sólo busca dar cimientos del principio de afectación sin lograr profundizar en el mismo. ®

Anexo 1

La **vigencia** y la **validez de las normas jurídicas** son un presupuesto esencial, por lo tanto, **al hablar de normas óptimas** se da por hecho que cumplen con la vigencia y validez,



Elementos necesarios de las Normas Jurídicas para ser Óptimas

Eficacia

Formal.- El cumplimiento de los fines y objetivos previstos por el ordenamiento jurídico debe lograrse a través de la adecuada confección del contenido de las normas jurídicas, evitando problemas de vaguedad y ambigüedad, así como contradecir otras normas para no dar lugar a la actualización de antinomias.

Material.- La descripción de la norma jurídica debe especificar la conducta o comportamiento que se espere del sujeto normativo y es necesario que se vincule indefectiblemente con el objetivo y fin previsto por el ordenamiento jurídico, para que al cumplirse la norma se pueda conseguir como consecuencia el fin y objetivo planteado.

Efectividad

El **cumplimiento** voluntario de la norma jurídica por parte del sujeto normativo acarrea su efectividad, pues a partir del cumplimiento la norma cobra plenos efectos jurídicos. No obstante, en caso de incumplimiento, debe existir previsión para que la autoridad encargada de la **aplicación** tenga los elementos suficientes para exigirle al sujeto normativo el cumplimiento forzoso de la norma.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ALVAREZ LEDESMA, Mario I, *Principios jurídicos*, Mc Graw Hill, México, 2015.

ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, 7a. edición, México, Fontamara, 2011.

BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, 4a. edición, Colombia, Temis, 2013.

BONIFAZ ALFONSO, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho* México, Porrúa, 1993.

CAPELLA, JUAN R., *El derecho como lenguaje*, Ediciones Ariel, Madrid, 1968.

CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, quinta edición, UNAM-Porrúa-CNDH, México, 2012.

DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, décima primera edición. Edición, traducción y notas de Jorge Sánchez Cordero. UNAM-Centro Mexicano de Derecho Uniforme, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México, 2010.

DI LUCIA, Paolo, *Normatividad Derecho, lenguaje, acción*, México, Fontamara, 2010.

FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Madrid, Trotta, 2011.

_____, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, cuarta edición, Editorial Trotta, España, 2009.

_____, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, T.I., Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Trotta, Italia, 2011.

_____, Moreso, José Juan, et. al., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, 2ª edición, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

GARCÍA GIBSON, Ramón, *Prevención del lavado de dinero y financiamiento al terrorismo*, INACIPE, México, 2009.

_____, *Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (comentada)*, INACIPE, México, 2013.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 53ª edición, Porrúa, México, 2002.

_____, *Diálogos Jurídicos*, México, Porrúa, 1978.

GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, novena edición, Porrúa, México, 2011.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 16a. edición, México, Porrúa, 2013.

LOCKE, Jhon, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, 2a. edición, México, Porrúa, 2005.

MORALES HERNÁNDEZ, Manuel, *Principios Generales del Derecho*, Porrúa, México, 2009.

MORESO, José Juan, *Normas jurídicas y estructura del Derecho*, Fontamara, México, 2002.

MORRIS, Charles, *Fundamentos de la teoría de los signos*, España, Paidós, 1985.

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

PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, *Metodología del derecho*, décimo tercera edición, Porrúa, México, 2013.

RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, séptima edición, Porrúa, México, 1981.

RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Verdad y Argumentación Jurídica*, 3a. edición, México, Porrúa-Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, 2012.

ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 2006.

RUIZ RODRÍGUEZ, Virgilio, *Filosofía del derecho*, 2a. edición, México, Instituto Electoral del Estado de México-Universidad Iberoamericana, 2012.

SQUELA, Agustín, *Positivism jurídico, democracia y derechos humanos*, segunda reimpresión, Fontamara, México, 2004.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Derechos humanos, parte general*, SCJN, México, 2013.

TZVETAN, Todorov, Ducrot, Oswald, *Diccionario enciclopédico de las ciencias del lenguaje*, Siglo XXI editores, México, 1998.

Ordenamientos normativos

Acuerdo general 5/2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, versión electrónica recuperada de la página oficial del Consejo de la Judicatura Federal en: www.cjf.gob.mx/noticias/docs_noticias/2014/ACUERDOS052014.pdf

Código de Comercio, versión electrónica recuperada de la página oficial de la cámara de diputadas en el link: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

Código Civil Federal, versión electrónica recuperada de la página oficial de la cámara de diputadas en el link: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prologo, notas y actualización de Miguel Carbonell, 169ª edición, Ed. Porrúa, México 2013.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, versión electrónica recuperada de la página oficial de la cámara de diputadas en el link: <https://www.scjn.gob.mx/libro/InstrumentosConvencion/PAG0945.pdf>

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, versión electrónica recuperada de la página oficial de la cámara de diputadas en el link: http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita versión electrónica recuperada de la página oficial de la cámara de diputadas en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito versión electrónica recuperada de la página oficial de la cámara de diputadas en el link: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, versión electrónica recuperada de la página oficial de la cámara de diputadas en el link: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, versión electrónica recuperada de la página oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el link: <http://legislacion.scjn.gob.mx/LF/Reformas.aspx?IdLey=2569>

Tesis y Jurisprudencias

Tesis VIII.A.C.3 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, libro XI, agosto de 2012, p. 1931.

Tesis 2a. LXXXII/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, libro XIV, noviembre de 2012, p. 1587.

Tesis VI.2o. J/43., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t.III, marzo de 1996, p. 769.

Tesis I.7o.A.8 K (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, libro XII, septiembre de 2012, p. 1679.

Tesis 1a./J. 18/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, libro XV, diciembre de 2012, p. 420.

Tesis IV.2o.A.27 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, libro XXIII, agosto de 2013, p. 1616.

Tesis; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro IV*, 10a. Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Enero de 2012, Tomo 5, Pág. 4319.

Periódicos, artículos y documentos electrónicos

CARBONELL, Miguel. *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: Principales novedades*. Artículo de opinión recuperado del sitio oficial de Miguel Carbonell, versión electrónica en el link:

<http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>

Diccionario Economía, Administración, Finanzas, Marketing, consultado en su versión electrónica en: www.eco-finanzas.com/diccionario/O/OPTIMO.htm

Diccionario de la Real Academia Española, consultado en su versión electrónica en: www.lema.rae.es/drae/?val=eficacia

Iniciativa del proyecto de decreto por el que se expide la ley reglamentaria del artículo 1° constitucional en materia de derechos humanos, consultada en su versión electrónica dentro del portal oficial del Partido Verde Ecologista, por medio del link:

<http://www.partidoverde.org.mx/pvem/2013/08/iniciativa-con-proyecto-de-decreto-por-el-que-se-expide-la-ley-reglamentaria-del-articulo-1-constitucional-en-materia-de-derechos-humanos-3/>

MORALES BUENO, Patricia, Landa Fitzgerald, Victoria, *Aprendizaje basado en problemas*, consultado en su versión electrónica por medio del link:

<http://web.archive.org/web/http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/299/29901314.pdf>

Periódico la Jornada, del día 27 de septiembre del año 2008. Consultado en su versión electrónica por medio del Link:

www.jornada.unam.mx/2008/09/27/index.php?section=politica&article=003n1pol

Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI por sus siglas) consultado en la página oficial de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público mediante el link:

http://www.hacienda.gob.mx/inteligencia_financiera/ambito_internacional/grupo%20egmont/NotaNuevasRecomendacionesGAFI_27Mar_2012_VF.pdf