



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

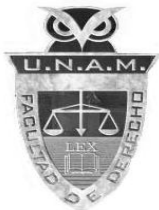
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“EL CONTRATO DE FIDEICOMISO TRASLATIVO DE
DOMINIO COMO MEDIO COMISIVO EN EL DELITO DE
OPERACIÓN CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA”

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTEA :
J O R G E A L F A R O R U I Z

ASESOR: LIC. JOSÉ PABLO PATIÑO Y SOUZA



CIUDAD UNIVERSITARIA

2010



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.

“...Si vosotros permaneciereis en mi palabra, seréis verdaderamente mis discípulos; conoceréis la verdad, y la verdad os hará libres...”

Juan 8:32

A DIOS

POR DARME LA BENDICIÓN DE VIVIR EN ESTE TIEMPO Y CON MIS SERES QUERIDOS.

A MI MADRE DRA. AURORA RUIZ PÉREZ

POR DARME EL DON DE LA VIDA Y APOYARME INCONDICIONALMENTE EN TODO MOMENTO...

A LA MEMORIA DE MI PADRE DR. JORGE ALFARO RÍOS

FUE DIFÍCIL CRECER SABIENDO QUE EN CADA MOMENTO DIFÍCIL Y OSCURO DE MI VIDA, AL VOLTEAR ATRÁS Y VER MI CAMINO, SÓLO HABÍA UN PAR DE HUELLAS EN LA ARENA...

... PERO AL PASAR EL TIEMPO ENTENDÍ QUE ESAS HUELLAS ERAN LAS TUYAS CARGÁNDOME MIENTRAS ATRAVESABA CADA INFORTUNIO QUE VIVÍ...

A MI ABUELO JULIO RUIZ NAVARRETE

MI EJEMPLO, MI FORTALEZA, EL ÚNICO QUE SIEMPRE CREYÓ EN MI PASARA LO QUE PASARA, A TÍ TE DEBO TODO LO QUE SOY Y TODO LO QUE PUEDO LLEGAR A SER...

A MI ABUELA AURORA PÉREZ DE RUIZ

TUS CUIDADOS Y TU PROTECCIÓN FUERON COMO LOS DE UNA MADRE, ELLOS ME PERMITIERON LLEGAR AL FIN DEL MUNDO...

A AMANDA

ENCONTRAR LA PAZ A TU LADO HA SIDO EL MAYOR DESCUBRIMIENTO DE MI VIDA, TU COMPAÑÍA HACE QUE VALGA LA PENA CADA PASO...

A JANETTE

SOY AFORTUNADO POR HABER ENCONTRADO EN TI, AL HERMOSO SER HUMANO QUE ERES; MI VIDA NO PODRÍA ENTENDERSE SIN TU APOYO, SIN TUS CONSEJOS Y SIN TU CARIÑO... GRACIAS POR TODO.

A LA FAMILIA QUE YO ESCOGÍ

KARLA, TONATHIU, MARITZA, EMIGDIO, GUADALUPE, ANA, SALVADOR... SU APOYO, CARIÑO, FUERZA, INTELIGENCIA Y TERNURA, HAN SIDO MIS ARMAS PARA ENFRENTAR EL MUNDO, JUNTOS NO TENEMOS NADA QUE NOS DETENGA...

AL LIC. GILBERTO CHAVARRÍA MORALES

SIN TUS ENSEÑANZAS, AMISTAD Y PREOCUPACIÓN, ÉSTA META NO HUBIERA SIDO POSIBLE...

A MIS MAESTROS, FERNANDO CASTELLANOS TENA, JOSÉ PABLO PATIÑO SOUZA Y ALEJANDRO TORRES ESTRADA

USTEDES ME ENSEÑARON A AMAR MI PROFESIÓN Y ME DIERON LAS HERRAMIENTAS PARA DEFENDERME Y VELAR POR LOS DEMÁS.

A MI AMADA ALMA MATER, LA “UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO”

DONDE ESTÉ, Y A DONDE VAYA, SIEMPRE TRATARÉ DE PONER EN ALTO TU NOMBRE Y DEVOLVER TODO LO QUE RECIBÍ DE TI.

A TODOS AQUELLOS QUE NO CREYERON EN MI GRACIAS... SUS DUDAS SOBRE MI, LOGRARON DISIPAR LAS MÍAS...

EL FIDEICOMISO TRASLATIVO DE DOMINIO COMO MEDIO COMISIVO EN EL DELITO DE OPERACIÓN CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA.

INTRODUCCIÓN. -----	V
CAPÍTULO I. EL CONTRATO DE FIDEICOMISO. -----	1
1.1. Evolución histórica del contrato de fideicomiso.	1
1.2. Definición.	12
1.3. Generalidades.	13
1.4. Elementos.	24
1.5. Fideicomitente.	30
1.6. Fideicomisario.	32
1.7. Fiduciario.	33
1.8. Terceros.	34
1.9. Alcances jurídicos del fideicomiso.	36
CAPÍTULO II. EL DELITO DE OPERACIÓN CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA. -----	37
2.1. Definición.	37
2.2. Tipos.	41
2.3. Elementos.	44
2.4. Formas de participación.	49
2.5. Clasificación del delito.	53
2.6. Regulación Jurídica.	59
2.7. Delincuencia organizada.	61
CAPÍTULO III. DELINCUENCIA ORGANIZADA Y LA UTILIZACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO Y FIDUCIARIO MEXICANO PARA REALIZAR OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA. -----	63

3.1. Definición de Sistema Financiero Mexicano.-----	63
3.2. Definición de Sistema Fiduciario Mexicano.-----	65
3.3. Marco Jurídico.-----	66
3.4. Normas Nacionales de regulación y prevención, para detectar operaciones relevantes.-----	68
3.5. Normas Internacionales de regulación y prevención, para detectar operaciones relevantes.-----	75
3.6. Acciones de las instituciones Fiduciarias, para detectar operaciones sospechosas.-----	92

**CAPÍTULO IV. EL CONTRATO DE FIDEICOMISO COMO MEDIO COMISIVO
DEL DELITO DE OPERACIÓN CON RECURSOS DE PROCEDENCIA
ILÍCITA.-----**

4.1. Medios comisivos del delito de operación con recursos de procedencia ilícita.-----	99
4.2. Requisitos de procedibilidad.-----	105
4.3. Conductas que utilizan el fideicomiso como medio comisivo en el delito de operación con recursos de procedencia ilícita.-----	106
4.4. Colocación, transformación e integración como fases de lavado de dinero.-----	110
4.5. El contrato como medio comisivo del delito.-----	113
4.6. Medidas preventivas para evitar el delito de operación con recursos de procedencia ilícita.-----	115
CONCLUSIONES.-----	117
PROPUESTA.-----	121
BIBLIOGRAFÍA.-----	129

INTRODUCCIÓN

Durante el desarrollo de la carrera, como estudiante de derecho, al ir conociendo la inmensa problemática jurídica, surgen diversas inquietudes y planteamientos jurídicos que nos llevan a intentar proponer soluciones que tengan repercusión no sólo a nivel académico, sino a nivel profesional; estos problemas que surgen a lo largo de nuestro desarrollo como estudiantes y posteriormente como profesionistas, llegan a convertirse en verdaderas incógnitas a resolver por parte de quienes consideran que puede plantearse no sólo una hipótesis, sino todo un razonamiento lógico jurídico que tenga como consecuencia una propuesta para la resolución del problema que hemos detectado.

En el caso que nos ocupa, en mi experiencia como estudiante y pasante de derecho, he detectado que existe un fenómeno jurídico que la legislación considera como delito, esta conducta es la operación con recursos de procedencia ilícita, mejor conocida como lavado de dinero. Sin embargo, el ó los sujetos activos que contempla esta figura típica, en muchas ocasiones se valen de instrumentos legales, perfectamente delimitados en otras disposiciones jurídicas de índole distinta a la penal, como es el caso de los contratos y específicamente del contrato de fideicomiso, para la comisión del delito. La utilización ilícita de la norma jurídica mercantil es utilizada como medio para violentar una norma penal, pero, al estar vinculada a una regulación reconocida y aceptada por el derecho mercantil, observamos que la norma penal adolece de eficacia jurídica, pues no contempla como elemento comisivo la realización de conductas que están reguladas por otras normas jurídicas.

Aún empleando la debida técnica jurídica, resulta muy complicado establecer si un delito (operación con recursos de procedencia ilícita) es cometido cuando existe un contrato (civil o mercantil) de por medio, lo que hace que exista una línea muy tenue entre lo que puede determinarse y definirse como un acto jurídico pleno, o un acto jurídico en donde existe ilicitud en el objeto. De ahí que la problemática que he detectado, me lleve a tratar de proponer una solución a este problema jurídico, para que mediante la aplicación de las técnicas, métodos y

argumentaciones jurídicas adecuadas, pueda establecerse una propuesta que evite que el contrato de fideicomiso sea un medio comisivo de una conducta delictiva, como lo es el delito de operación con recursos de procedencia ilícita.

Invariablemente la propuesta que realizó en el presente trabajo tiene como fin una aspiración de adecuada técnica y armonía jurídica para la creación de elementos, figuras o instituciones que con las adecuadas modificaciones impidan la comisión del delito y al mismo tiempo faciliten las investigaciones del mismo, por parte de la autoridad, siendo además, que el presente estudio pretende una utilidad, para los integrantes de nuestra sociedad, a fin de evitar que la buena fe de la mercantil, en concreto el área fiduciaria, sea aprovechada por quienes se escudan en estas normas para poder realizar la comisión del delito de fraude.

Por lo tanto, resulta imprescindible abordar el tema del contrato, desde su regulación específica, elementos, partes, obligaciones y derechos derivados de la relación jurídica que nace y los vicios que pueden surgir del mencionado vínculo. Siguiendo el análisis minucioso para estar en posibilidad de establecer una solución o alternativa a la problemática planteada, resulta indispensable abordar el delito de operación con recursos de procedencia ilícita, considerando en este apartado las generalidades del delito, la ubicación doctrinal del delito, las opiniones vertidas al respecto por los diversos estudiosos del derecho, así como los elementos que integran la conducta descrita, los partícipes y las consecuencias jurídicas que se derivan de la violación a la normatividad penal.

Aunado a lo anterior, es preponderante y determinante, analizar los elementos del delito, las formas de participación, las normas regulatorias, tanto internas como externas, así como las normas de prevención. En consecuencia, se analizarán los elementos del delito, su tratamiento jurídico en las diversas ramas doctrinarias del derecho, así como sus alcances y consecuencias en relación y función de la materia a la que pertenezca.

Con relación al último capítulo se menciona que el contrato de fideicomiso es un medio comisivo del delito de operación con recursos de procedencia ilícita, y es precisamente en éste rubro donde se realiza el razonamiento lógico jurídico de las propuestas que solucionan de alguna manera la problemática que he detectado sobre la comisión del delito, pues una vez que se han analizado los elementos y supuestos jurídicos necesarios, como lo son el contrato, el delito y los sujetos, existe la posibilidad de constituir razonamientos, premisas, respaldos y garantías, que serán el sustento del porque el contrato de fideicomiso puede constituir un medio comisivo del delito de operación con recursos de procedencia ilícita, de lo que también derivarán las soluciones y propuestas a este problema.

Cabe destacar que entre otras razones, los motivos por los que se aborda el presente tema son: el interés personal por el tratamiento jurídico de los contratos (específicamente el fideicomiso); las consecuencias derivadas de la comisión de conductas previstas por el derecho como delitos (en particular el lavado de dinero); las contradicciones legales del campo civil-mercantil y penal en cuanto al tratamiento jurídico aplicable a la ilicitud en el objeto y aunque existe basta literatura jurídica que lo menciona, y existe al respecto de este tema criterio definido en el sentido de establecer la nulidad por ilicitud en el objeto, dicha solución o tratamiento jurídico, no impide o merma la comisión del mismo, por los diversos sujetos activos.

Las propuestas y conclusiones a que se llegue con la presente investigación, son reformas o adecuaciones que considero deben realizarse por los legisladores, para un adecuado, real y verdadero tratamiento jurídico que permita evitar la comisión del delito y que la realización de contratos no sean los medios para la comisión del delito de operación con recursos de procedencia ilícita.

CAPÍTULO I

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO

1.1. Evolución histórica del contrato de fideicomiso

Hablar de la evolución histórica del fideicomiso, tiene que pasar necesariamente por el derecho romano, ya que este ha tenido una gran influencia en nuestra legislación. En Roma, existieron dos figuras importantes relacionadas con el fideicomiso y eran:

La Fiducia o Pacto Fiduciaie

Una de las formas más antiguas para obligarse en el derecho romano, fue mediante el pacto fiduciario, con el cual se lograba asegurar una deuda. El pacto fiduciario era un contrato por el cual aquel que recibía la propiedad de una cosa quedaba obligado a restituirla en circunstancias previamente determinadas. Este procedimiento consistía siempre en una venta con pacto de retroventa; podía ser empleado con objeto de hacer una operación de depósito, un comodato "*fifucia cum amico*" o a manera de garantía real "*cum crédito apoit*"¹.

Según el Maestro Octavio Hernández, la figura del "*pactum fiduciae*", era un negocio entre vivos, a diferencia del "*fideicomissum*", que tiene como causas directas la liberalidad y la muerte de la persona cuya herencia ha de ser transmitida, en dicho negocio entre vivos "*pactun ficluciae*" una de o las dos partes que lo efectúan tienen interés².

Para el Maestro Álvaro D`ors, era aquel negocio por el que se confía la propiedad de una "*res mancipi*" (cosa dentro del comercio en Italia) a otra persona con

¹ VON MAYR, Roberto, Historia del Derecho Romano. Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1931, pág. 203.

² HERNÁNDEZ, Octavio A., Derecho Bancario Mexicano, Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, México, 1956, pág. 186.

obligación por parte de ésta de restituirla en el momento determinado³. En sus inicios, la *fiducia* no estaba amparada por ningún concepto legal, debiendo confiarse únicamente en la lealtad del comprador que adquiría, hasta que fue sancionada por el edicto *prestor*, que daba el vendedor una acción infamante.

La *fiducia* podía servir a distintos intereses de los contratantes; podía cumplir una función de garantía real, esto es la llamada "*Fiducia Cum Creditore*" en la cual se podía pactar que la "*actio fiduciae*", para reclamar la restitución, quedaría excluida por el hecho de incurrir en mora el deudor fiduciante⁴. Este pacto cumplía en cierto modo la función de una pena por el incumplimiento de la obligación que se había garantizado, y resultaba en exceso gravoso para el deudor.

El jurista español Álvaro D`ors opinó, que también podía la "*fiducia*" aplicarse como préstamo gratuito, depósito o bien como un mandato a través de la figura denominada "*Fiducia Cum Amico*", que consistía en un negocio por el cual una persona transmitía a otra, en quien depositaba su confianza la propiedad de una cosa, afín de que aquella le devolviera al transmitente o la transmitiera a terceros, al primer requerimiento que le hiciera el transmitente, al vencerse el término fijado o al cumplirse la condición consignada. Se utilizaba generalmente para liberar al propietario de ciertas obligaciones que en un determinado momento no podía atender.

Fideicomissum

Al respecto cabe citar al jurista Eugene Petit quien señalaba que el fideicomiso en la antigua Roma era un asunto de conciencia y de buena fe para el heredero fiduciario indicando que:

³ D`ORS, Álvaro, Elementos del Derecho Privado Romano, Publicaciones del Estudio Genial de Navarra, España, 1960, pág. 338.

⁴ *Ibidem*, pág. 119.

“Aquellos fideicomisos en los cuales el beneficio se concede a diversas personas sucesivamente, que deban sustituirse por muerte del anterior, salvo el caso que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya a la muerte del fideicomitente precepto que muestra la influencia y evolución de las sustituciones fideicomisarias y a la forma restrictiva de adopción por nuestro derecho”⁵.

El fideicomiso romano (*fideicomissum*) era una forma mediante la cual podían heredar las personas incapacitadas por la Ley Romana, o que no tenían la *testamentari factio pasiva*. De esta forma, el testador podía imponer su voluntad respecto de los bienes que deseaba transmitir a la persona que él quisiera, pero ello estaba fincado fundamentalmente en la confianza, honradez y buena fe del heredero gravado (fiduciario), en virtud de que se trataba de un ruego, no de una orden, por lo que podríamos afirmar que en su origen, consistía en una obligación moral, más que de índole jurídica.

Esto trajo como consecuencia que muchos de esos fideicomisos no fueran cumplidos, tanto por la falta de regulación jurídica de los mismos como por la mala fe de los fiduciarios, quienes no sólo, no cumplían con el encargo, sino que se apropiaban o enajenaban los bienes que les habían sido transmitidos.

El fideicomiso romano tenía características especiales, que fueron evolucionando poco a poco; un ejemplo de ello fue el llamado fideicomiso de herencia, mediante el cual un testador, después de haber instituido un heredero, no tenía derecho a disponer de nuevo de su patrimonio o en parte, por institución o por legado, en beneficio de otra persona, para el momento en que su heredero muriese, pero podía rogar a este heredero restituir, a su muerte, a una persona designada, la totalidad o una parte de la sucesión. Este fideicomiso se dejaba casi siempre a cargo del heredero; después a cargo del primer fideicomisario, y así

⁵ PETIT, Eugene, El Fideicomiso, Editorial Porrúa, México, 1987, pág. 23.

sucesivamente, de manera que pudieran obtener una serie de restituciones, teniendo cada una por fecha la muerte de la persona gravada. Estos fideicomisos fueron muy numerosos en la Época Imperial, sin que haya surgido ningún inconveniente.

Edad Media

Según el Maestro Floris Margadant, el antecedente del fideicomiso en la Edad Media fue el llamado mayorazgo que era la “...*institución jurídica en cuya virtud el primogénito (major natu) tiene derecho de suceder los bienes del progenitor, con la condición de heredar bajo la misma condición a su primogénito*”⁶.

El mayorazgo se utilizó por los señores feudales con el fin de perpetuar sus propiedades, la distribución equitativa de sus riquezas y posiciones entre sus hijos, por lo que gracias a esta figura se lograba evitar que se dividieran sus propiedades y disminuyera su poder ante sus vasallos. El mayorazgo se inicia en España y fue admitido en las Leyes de Toro y después en la Novísima Recopilación. En Francia fue abolido con la legislación emanada de la Revolución Francesa en la llamada Ley del año XII.

Derecho Germánico

Dentro del derecho germánico nos encontramos como antecedentes del fideicomiso, la prenda inmobiliaria, el *manufidelis* y el *salman*, figuras que comentaremos brevemente:

1. La prenda inmobiliaria, mediante la cual el deudor transmitía a sus acreedores un bien inmueble mediante la entrega de una carta denominada “*venditionis*”, como garantía del cumplimiento de lo pactado, y el acreedor se obligaba con una contracarta a la restitución del primer documento y del

⁶ FLORIS MARGADANT, Guillermo, El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, México, 1977, pág. 233.

inmueble transmitido, en caso de que el deudor cumpliera con su obligación⁷.

2. El *manufidelis* se empleaba para quien quería realizar una donación “Inter vivos” o “post obitum”, y mediante esta figura se transmitía la cosa materia de la donación a un sujeto denominado como “manufidelis” que siempre era una persona perteneciente al clero y que actuaba como el fiduciario, éste después de realizada la transmisión, retransmitía al verdadero beneficiario la cosa adquirida, reservando al donante un derecho más o menos amplio de goce sobre la cosa donada, para que lo disfrute durante su vida.
3. El “salman” era conocido también bajo el nombre de “treuhand”, y era la persona intermediaria que actuaba como fiduciario realizando la transmisión de un bien inmueble del propietario original al adquirente definitivo, el salman recibía sus facultades del enajenante y a su vez se obligaba frente a él a transmitir el inmueble al tercero destinatario.

Derecho Anglosajón

Al estudiar los antecedentes del fideicomiso en Inglaterra encontraremos los primeros precedentes norteamericanos, por ser el derecho inglés la fuente principal del derecho norteamericano y concretamente veremos que una de las causas que motivaron la creación del “use” inglés, lo fue la llamada Guerra de las Rosas, en la cual los clanes de los York y los Láncaster, se disputaban la corona inglesa.

Los combatientes, ante la necesidad de evitar el peligro que significaba la confiscación de sus bienes al ser vencidos, optaron por entregar sus propiedades a un tercero de su confianza, para que éste destinara tales bienes en beneficio del transferente o de sus herederos.

⁷ MESSINA, Guisepe citado por VILLAGORDA LOZANO, José Manuel, Doctrina General del Fideicomiso, Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 2

En Inglaterra en el año de 1217, se expidió la Ley de Manos Muertas, cuyo objeto era impedir que los bienes raíces fueran acumulados por las corporaciones religiosas, incrementándose en esta forma el empleo del “use”, pues el clero transmitió sus propiedades a terceras personas, para evadirle cumplimiento de la ley.

El Maestro Octavio Hernández define al “use” como el simple encargo que una persona hace a otra en provecho de sí misma o de una tercera⁸, Rodolfo Batiza, citando a Maitiand, afirma que el antiguo “use” consistía en una transmisión de tierras realizadas por un acto entre vivos o por testamento a favor de un prestanombre, quien las poseería en provecho del beneficiario o “*cestui que use*”.⁹ Por su parte el Maestro Keeton señala que *“el terrateniente inglés ponía sus tierras en uso para lograr diferentes objetivos, ya fueran lícitos, pero que el orden jurídico no reconocía, o francamente fraudulentos, y que requerían una interpósita persona. En la primera categoría caía la práctica de hacer testamento por vía de uso surgida en virtud de que el derecho regulador del régimen de las tierras, estimando la tenencia feudal como una relación personal, desautorizaba las transmisiones testamentarias, situación que subsiste hasta que se promulga la Ley de Testamentos Statute of Bilis, en 1540. En la segunda categoría estaban, para el Maestro Keeton en una posición intermedia entre las dos extremas indicadas, comprendía los casos de evasión a las “Leyes de Manos Muertas” que venían a hacer posible la donación de tierras a fundaciones eclesiásticas, en especial la orden franciscana, que por su voto de pobreza estaba impedida para adquirir la propiedad, más no para recibir su provecho económico”*¹⁰.

⁸ HERNÁNDEZ, Octavio A., Derecho Bancario Mexicano, Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, México, 1956, pág. 230.

⁹ BATIZA Rodolfo, El fideicomiso, teoría y práctica, Ediciones de la Asociación de Banqueros de México A.C., México, 1973, pág. 25.

¹⁰ KEETON, George W., The law of trust, Editor Sir Isacc Pitman and sons, Londres Inglaterra, 19658, pág. 21.

El que constituía el “*use*” se llamaba “*settlor*”, el que actuaba como propietario legal en la relación fiduciaria se llamaba “*feoffee to use*”, y el beneficiario, que podía ser el “*settlor*” mismo o la persona o personas que designare, se llamaba “*cestui que use*”. Para evitar que el propietario legal quedara gravado con las cargas del beneficiario según expresa el jurista Javier Correa Field, la transmisión de la tierra se hacía a un grupo de amigos que formaban una “*joint tenancy*” especie de persona colectiva compuesta de varios “*feoffees to use*”, y que por reemplazo de sus miembros difuntos alcanzaba prácticamente la perpetuidad, y de esa manera se evitaba que el Lord o Señor Feudal hiciera valer sus derechos sobre los bienes de sus vasallos, derechos que podía ejercer, conforme al sistema aplicable del “*Common Law*”, a la muerte del poseedor del bien, o por traición al Señor Feudal, por mencionar solo algunos casos sumamente opresivos y molestos para los vasallos¹¹.

La utilidad del “*use*” se difundió cada vez más y a medida que esto fue sucediendo, surgieron algunos inconvenientes y desventajas, por la falta de regulación legal y de protección del derecho a quienes constituían los “*uses*” por lo cual, los “*feoffees to use*”, sintiéndose protegidos por el Common Law y sabiendo que no estaban obligados a cumplir con el “*use*”, puesto que esta institución no se encontraba prevista en el sistema jurídico, se aprovecharon en innumerables ocasiones de la confianza que se les había depositado, con actos desleales.

Tales cuestiones fueron hechas del conocimiento de la corte inglesa, por medio de su canciller, por lo que se creó un nuevo orden jurídico llamado “*equity*”, que aparecía frente al Common Law como una modificación y adaptación de estas circunstancias legales frente a las necesidades de la vida. Este nuevo orden jurídico no provenía de la costumbre inmemorial como el Common Law, ni de la

¹¹ CORREA FIELD, Javier, El Fideicomiso Mercantil Mexicano y el Trust Anglosajón, Editorial Porrúa, México, 1975, pág. 12.

ley escrita como la "*Statue Law*", sino precisamente de los datos de la conciencia¹².

A través de la protección legal de que los "uses" fueron objeto, se dio un nuevo impulso a los mismos y viene a darse una separación de la propiedad en el "*use*" frente al "*legal owner*" o propietario legal, y se erige el "*equitable owner*" propietario según la equidad. Al primero le corresponde la titularidad nos dice el Maestro Correa Field de los bienes dados en "*use*", a la "*equitable owner*" le corresponde la facultad de gozar del bien o bienes de acuerdo con la equidad¹³.

Sin embargo, en virtud de que Enrique VIII consideró que mediante el "*use*" se estaban eludiendo diversas disposiciones jurídicas a favor de los "*cestui que use*" promulgó en 1536 el "*Statue of Uses*". Documento que aparentemente tenía por objeto suprimir los "uses" y que a la postre los limitó declarando que el beneficiario o "*cestui que use*", sería considerado como único y verdadero propietario, reuniéndose en él la doble cualidad de "*legal owner*" y "*equitable owner*", desapareciendo la figura del "*feofees to use*".

De esta manera, con el paso del tiempo nació la institución del "*trust*", sólo cambiándose los nombres de las personas del "*feofees to use*" por la del "*trustee*" y la del "*cestui que use*" por "*cestui que trust*". Al llegar el siglo XIX, la rama jurídica del *trust* alcanzó su madurez completa y sólo quedaron por desarrollar aspectos de aplicación en los diversos campos de la economía, y se extendió luego de Inglaterra a los países de habla inglesa en especial a los Estados Unidos de América donde se consolidó como figura jurídica.

Dentro del *trust*, encontramos los siguientes elementos característicos:

- Un patrimonio autónomo, destinado a un fin.
- Una relación de confianza entre personas jurídicas.

¹² Ibidem, pág. 17.

¹³ CORREA FIELD, Javier, El Fideicomiso Mercantil Mexicano y el Trust Anglosajón, op.ct., pág. 18

- Un titular legal, imposibilitado para disponer del bien con fines distintos de aquellos para los cuales le fuera entregado.
- Un beneficiario carente de facultades de administración sobre el bien, sobre el cual sólo tiene derechos personales.

Así pues, el Maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez define al trust angloamericano como un “*estado de relación fiduciaria respecto a bienes, que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos, a deberes en equidad al manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, lo cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo*”¹⁴.

La mayoría de los autores anglosajones han considerado al “*trust*” como una forma peculiar de propiedad en la que el “*trustee*” era propietario de acuerdo con el Common Law, en tanto que el beneficiario era el titular del “*equitable title*” o titular conforme a la equidad. El trust aparece indisoluble vinculado a la distinción entre “*Common Law*” y “*Equity*” que escinde en dos partes todo el sistema jurídico anglosajón y carece de equivalente en cualquier otro derecho.

Derecho Mexicano

Antes de 1900 no hubo antecedente histórico en nuestro país del fideicomiso, siendo hasta 1902 donde se da el primero de ello con el “*trust deed*” constituido en los Estados Unidos, para garantizar las emisiones de obligaciones o bonos, para financiar la construcción de ferrocarriles para la compañía mexicana en dicho ramo, es importante destacar que el uso de este trust fue posible por las lagunas jurídicas que contenía el Código Civil de 1884.

Ya para 1905, el entonces Secretario de Hacienda, José Ives Limantour, presentó a la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, una iniciativa que facultaba al ejecutivo federal para expedir una ley por cuya virtud podían

¹⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, El fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, Editorial Porrúa, México, 1982, pág.138

constituirse en México, instituciones comerciales encargadas de desempeñar las funciones de agentes fideicomisarios, sin embargo diversos problemas políticos que se iban perfilando en nuestro país impidieron que este proyecto fuera una realidad.

Después del movimiento revolucionario, en 1924 Enrique Creel presentó ante la Convención Bancaria el “Proyecto de Decreto sobre Compañías Bancarias de Fideicomisos y Ahorro”, mismo que la convención aceptó proponer a la Secretaría de Hacienda, a pesar de ello éste proyecto tampoco fue aprobado. Sin embargo, en ese mismo año el 24 de diciembre, fue aprobada la Ley de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios que en buena parte recogió el proyecto presentado por Creel.

Este ordenamiento, estableció que *“los bancos de fideicomiso sirven a los intereses del público en varias formas y principalmente, administrando los capitales que se les confían e interviniendo con la representación común de los suscriptores o tenedores de bonos hipotecarios, al ser emitidos éstos o al tiempo de su vigencia. Asimismo dicho ordenamiento agregaba que los referidos bancos de fideicomiso se regirían por la ley especial que habría de expedirse en su momento”*¹⁵.

Con fecha 30 de junio de 1926 se expidió la Ley de Bancos de Fideicomiso publicada en el Diario Oficial el 17 de julio siguiente, y el 31 de agosto del mismo año se expidió la Ley General de Instituciones de Crédito y establecimientos Bancarios, publicada en el referido diario el 29 de noviembre de ese año, misma que incorporó íntegramente en su texto la Ley citada en primer término.

Los artículos 6º y 102 de estas leyes, respectivamente, contenían la primera definición que sobre fideicomiso se plasmó en un ordenamiento jurídico, y disponían que el fideicomiso propiamente dicho, es un mandato irrevocable en

¹⁵ MACEDO, Pablo, Estudios sobre el Fideicomiso Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1975, pág. XV.

virtud del cual se entregan al banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario.

A pesar, de estos avances la realidad pronto obligó al mejoramiento de la legislación en la materia, expidiéndose en 1932 la Ley General de Instituciones de Crédito, en la exposición de motivos de esta Ley, fechada el 28 de junio de 1932 y publicada en el Diario Oficial al día siguiente, se hacía notar la introducción de la figura del fideicomiso en la Ley de 1926, sin embargo mencionaba la vaguedad de conceptos en torno de ella, por lo que expresaba, que para que la institución pudiera prosperar, se requería en Principio una definición clara de su contenido y de sus efectos, además de que estipulaba que la nueva Ley sólo autorizaba la constitución de fideicomisos cuando el fiduciario fuera una institución especialmente sujeta a la vigilancia del Estado. Este ordenamiento fue completado con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1932 y en vigor a partir del 15 de septiembre del mismo año.

Dentro de esta ley, además de encontrarse definido el fideicomiso concediéndolo como una afectación patrimonial, desligándolo del concepto de mandato que las anteriores leyes le daban a esta figura, también contenía las causas de extinción, la duración del mismo y las bases para determinar el fiduciario, entre otras.

Para 1941, se sustituyó la Ley General de Instituciones de Crédito, creándose la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, así, dicho ordenamiento en su artículo 44 señalaba las actividades y operaciones que podían llevar a cabo las sociedades e instituciones de crédito entre las que se contemplaban las operaciones de fideicomiso.

En su artículo 45 se establecían las bases y reglas para la operación del fideicomiso, tales como el capital mínimo con que debían contar las instituciones fiduciarias, la forma de designar a los delegados fiduciarios, dándole injerencia a la

entonces Comisión Nacional Bancaria y de Seguros, además de prevenir la creación de comités técnicos y mencionar el secreto fiduciario y la responsabilidad en que podría incurrir la institución en caso de violación de la ley. También se establecía la separación entre el personal de la institución y el personal del fideicomiso, indicando que éste será el que la institución fiduciaria, utilice directa o exclusivamente para el desempeño de mandatos o comisiones o bien para la realización de fideicomisos. Esta ley estuvo vigente hasta finales de 1984 por lo que se refiere a operaciones fiduciarias.

Como resultado del decreto por el cual se expropiaron los activos de las instituciones de crédito privadas de septiembre de 1982, se expidió la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982, en el artículo 11 de esta Ley, se reprodujo casi literalmente el de la Ley derogada también en lo que hace a los fideicomisos.

Cuando el gobierno federal expidió las respectivas autorizaciones para el proceso de reprivatización bancaria se expidió la Ley de Instituciones de Crédito de 1990, en relación al fideicomiso, esa ley contiene idénticas disposiciones que la Ley de 1985, mismas que regulan la prestación del servicio de las instituciones de banca múltiple que seguían proveyendo el servicio de fiduciarias. Este ordenamiento junto con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932 son las normativas aplicables en la actualidad sobre el fideicomiso, como veremos en los siguientes apartados de esta investigación junto con la descripción doctrinal de esta figura jurídica.

1.2. Definición

El vocablo “fideicomiso” deriva del latín “*fideicommissum*”; de “*fides*”, que significa fe y “*commissus*”, que significa confiado, que quiere decir: tener fe en alguien para encomendarle la realización de alguna función específica. Con la promulgación de la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios en 1924 aparece por primera vez el término fideicomiso, sin embargo no se da un concepto o definición de esta figura.

Es en la Ley de Bancos de Fideicomiso de 1926, en su artículo sexto, donde por primera vez se da una definición de fideicomiso, dándole a éste el carácter de un mandato irrevocable. Más adelante la Ley General de Títulos y Operaciones de 1932, actualmente vigente, define al fideicomiso en su artículo 381 de la siguiente manera:

*“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a **finés lícitos** y determinados, encomendando su realización a la propia institución fiduciaria”¹⁶.*

El Maestro Eduardo Rocha señala que el fideicomiso es *“un contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad de determinados bienes o derechos a una institución fiduciaria para que con ellos realice un fin lícito y determinado, que la propia persona señala en el instrumento legal respectivo”¹⁷.*

El contrato de fideicomiso es bastante amplio y de gran flexibilidad, por lo que puede abarcar muchas posibilidades y utilizarse para diversos objetivos, estando limitado a que el fin del mismo sea lícito y determinado, encomendándose su realización a una institución fiduciaria. Por lícito se debe entender todo aquello que esté apegado a las leyes de orden público y a las buenas costumbres, y por determinado, aquello que se indica con precisión.

1.3 Generalidades

Al respecto a continuación estableceremos algunos de los criterios que ha sustentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto del Contrato de Fideicomiso dichos criterios serán comentados brevemente a reserva de ampliar su comentario en diversos capítulos del presente trabajo.

¹⁶ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Porrúa, México, 2009.

¹⁷ ROCHA NÚÑEZ, Eduardo, Banca Fiduciaria, Banco BCH, México, 1997, pág. 43

“FIDUCIARIA. ES LA ÚNICA LEGITIMADA PARA ACUDIR A JUICIO, A TRAVÉS DE SUS DELEGADOS, CUANDO EL PATRIMONIO FIDEICOMITIDO ESTÁ COMPROMETIDO EN UN ASUNTO LITIGIOSO.

Del artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y los diversos 46, fracción XV, 80 y 82 de la Ley de Instituciones de Crédito, se advierte que: a) las instituciones de crédito pueden realizar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; b) la fiduciaria se obliga a cumplir con los fines del fideicomiso de conformidad con el acto constitutivo; c) para la consecución de dichos fines, la institución fiduciaria cuenta con todos los derechos y acciones requeridos para ello; d) en la práctica de las operaciones de fideicomiso, las instituciones desempeñan (sic) su cometido (cumplir con los fines del fideicomiso) y ejercitan sus facultades (todos los derechos y acciones requeridos para cumplir con los fines del fideicomiso) por medio de sus delegados fiduciarios. Así, de una interpretación armónica, lógica y sistemática de lo anterior, se concluye que si los bienes fideicomitados -sin los cuales no puede llevarse a cabo el cometido buscado-, se encuentran comprometidos en juicio, es indudable que la fiduciaria, a través de sus delegados fiduciarios, es la única legitimada para comparecer a juicio, toda vez que es la titular de todos los derechos y acciones requeridos para hacer frente al asunto litigioso, sin que obste que, de permitirlo el acto constitutivo del fideicomiso, los delegados fiduciarios pueden otorgar los poderes correspondientes a quienes acudan a juicio a defender el patrimonio fideicomitado.

Contradicción de tesis 128/2006-PS. Entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 10 de enero de 2007. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Joaquín Cisneros Sánchez.

Tesis de jurisprudencia 12/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diecisiete de enero de dos mil siete.

Novena Época, Registro: 172762, Instancia: Primera Sala, Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXV, Abril de 2007, Materia(s): Civil, Tesis: 1a./J. 12/2007, Página: 95”¹⁸

La jurisprudencia que se transcribe, nos da la pauta de cómo se da la representación dentro del contrato de fideicomiso, tal hecho es así, dado que como lo señalamos en el punto anterior, al definir el contrato de fideicomiso, este se define como *un contrato mediante el cual una persona física o moral transfiere la propiedad de determinados bienes o derechos a una institución fiduciaria para que con ellos realice un fin lícito y determinado*; al respecto, si bien tenemos como presupuesto la transmisión del patrimonio afectado por el contrato de fideicomiso a favor de la institución fiduciaria, debe entenderse que en tal virtud se le transfieren a ésta, todos los derechos señalados en el contrato de fideicomiso, siendo uno de esos derechos la capacidad de ejercicio respecto de los derechos que detenta sobre el patrimonio fideicomitado, entendiéndose esto como el poder acudir ante la autoridad jurisdiccional a ejercer los derechos que deriven del citado contrato.

Por lo tanto, debe concluirse que la legitimación para defender en juicio los bienes que forman parte del patrimonio fideicomitado, será para la institución fiduciaria, quien podrá, a través de sus delegados, otorgar las facultades necesarias para la

¹⁸Suprema Corte de Justicia de la Federación, Poder Judicial de la Federación, IUS 2009 Jurisprudencias Tesis Aisladas junio 1917-junio 2009.

defensa de sus intereses, a quienes lo considere pertinente, siguiendo como fin el cumplimiento del contrato de fideicomiso.

Por su parte, otra de las provisiones que debe entenderse dentro del contrato de fideicomiso, es la respectiva al secreto fiduciario, misma que será tratada más adelante, sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido criterios que es preciso analizar para el correcto entendimiento de la figura del fideicomiso.

“SECRETO BANCARIO O FIDUCIARIO. SUPUESTOS EN QUE NO SE DA EL.

De una correcta interpretación de los artículos 117 y 118 en relación con el 46, fracción XV, de la Ley de Instituciones de Crédito, se aprecia que, la información sobre cualquier tipo de operación efectuada en una institución de crédito, está restringida y únicamente puede ser solicitada por la autoridad judicial en un juicio en el que el titular sea parte y sólo para fines fiscales, además que constituye responsabilidad civil o penal para la institución que viole el secreto de las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y llevar a cabo mandatos y comisiones, inclusive ante los tribunales en juicios, que no sean entablados por el fideicomitente o fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución o viceversa.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 314/97. Manuel Camacho Téllez, Delegado Fiduciario en el Fideicomiso Denominado Fondo Bancario de Protección al Ahorro. 25 de junio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente:

David Delgadillo Guerrero. Secretaria: Elsa Fernández Martínez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, septiembre de 1996, tesis I.9o.C.40 C, página 721, de rubro: "SECRETO BANCARIO. SI LA INFORMACIÓN LA SOLICITA LA AUTORIDAD QUE CONOCE DEL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE PAGOS, NO EXISTE VIOLACIÓN AL".

Novena Época, Registro: 195946, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo : VIII, Julio de 1998, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.4o.A.282 A, Página: 393

FIDEICOMISO. PARA QUE SE PRODUZCA LA REVELACIÓN DEL SECRETO FIDUCIARIO ANTE TRIBUNALES O AUTORIDADES EN PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES, SE REQUIERE NECESARIAMENTE QUE ÉSTOS SEAN ENTABLADOS POR EL FIDEICOMITENTE O FIDEICOMISARIO, COMITENTE O MANDANTE, CONTRA LA INSTITUCIÓN FIDUCIARIA O VICEVERSA.

De la interpretación conjunta de los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito se desprende el establecimiento de la figura conocida como el "**secreto fiduciario**", que impone a **las instituciones de crédito** la obligación de guardar reserva o sigilo sobre la información que derive de las operaciones de fideicomiso a que se refiere el artículo 46, fracción XV, de la misma **ley**, salvo que tal

información sea solicitada por la Comisión Nacional Bancaria, las autoridades o tribunales, en juicios o reclamaciones que sean instaurados por el fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante, contra la institución crediticia o viceversa, y como la figura del secreto fiduciario está sustentada en una relación de confianza que surge entre el cliente y la institución, permitiendo a ésta la incursión al ámbito económico o patrimonial de una persona derivado de la operación de fideicomiso, de ello se concluye que no basta que en un procedimiento judicial determinado, cualquier persona que no tenga previamente reconocida calidad jurídica en el contrato de fideicomiso, demande información sobre el mismo al fiduciario o fideicomitente o a ambos a la vez, para que se estime que no hay violación al secreto fiduciario, porque sería tanto como hacer a un lado el espíritu de la ley y admitir como legal un fraude a ésta, pues bastaría activar la función jurisdiccional e involucrar al fiduciario o fideicomitente para obtener cualquier clase de información relacionada con las operaciones bancarias a que se refiere el artículo 46 y, en particular, su fracción XV de la Ley de Instituciones de Crédito.

DÉCIMO CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 71/2003. Banco Nacional de México, S.A. 13 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretaria: Mercedes Rodarte Magdaleno.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, julio de 1998, página 393, tesis I.4o.A.282 A, de rubro: "SECRETO BANCARIO O FIDUCIARIO. SUPUESTOS EN QUE NO SE DA EL."

Novena Época, Registro: 183823, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVIII, Julio de 2003, Materia(s): Civil, Tesis: I.14o.C.18 C, Página: 1111”¹⁹

Al respecto debe señalarse que, el secreto fiduciario es uno de los principios rectores de este contrato, ya que como se establece en puntos anteriores, este proviene de la confianza entre las partes, y en virtud de tal confianza es que se prevé el resguardo del secreto de la encomienda a la institución fiduciaria, sin embargo, como excepción la Ley de Instituciones de Crédito establece en su artículo 117 lo siguiente:

“Artículo 117.- La información y documentación relativa a las operaciones y servicios a que se refiere el artículo 46 de la presente ley, tendrá carácter confidencial, por lo que las instituciones de crédito, en protección del derecho a la privacidad de sus clientes y usuarios que en este artículo se establece, en ningún caso podrán dar noticias o información de los depósitos, operaciones o servicios, incluyendo los previstos en la fracción XV del citado artículo 46, sino al depositante, deudor, titular, beneficiario, fideicomitente, fideicomisario, comitente o mandante, a sus representantes legales o a quienes tengan otorgado poder para disponer de la cuenta o para intervenir en la operación o servicio.

Como excepción a lo dispuesto por el párrafo anterior, las instituciones de crédito estarán obligadas a dar las noticias o información a que se refiere dicho párrafo, cuando lo solicite la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el titular o, en su caso, el fideicomitente, fideicomisario,

¹⁹ Ibidem.

fiduciario, comitente, comisionista, mandante o mandatario sea parte o acusado. Para los efectos del presente párrafo, la autoridad judicial podrá formular su solicitud directamente a la institución de crédito, o a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Las instituciones de crédito también estarán exceptuadas de la prohibición prevista en el primer párrafo de este artículo y, por tanto, obligadas a dar las noticias o información mencionadas, en los casos en que sean solicitadas por las siguientes autoridades:

I. El Procurador General de la Republica o el servidor público en quien delegue facultades para requerir información, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado;

II. Los Procuradores Generales de Justicia de los Estados de la Federación y del Distrito Federal o Subprocuradores, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado;

III. El Procurador General de Justicia Militar, para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado;

IV. Las autoridades hacendarias federales, para fines fiscales;

V. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para efectos de lo dispuesto por el artículo 115 de la presente ley;

VI. El Tesorero de la Federación, cuando el acto de vigilancia lo amerite, para solicitar los estados de cuenta y cualquier otra información relativa a las cuentas personales de los servidores

públicos, auxiliares y, en su caso, particulares relacionados con la investigación de que se trate;

VII. La Auditoría Superior de la Federación, en ejercicio de sus facultades de revisión y fiscalización de la cuenta pública federal y respecto a cuentas o contratos a través de los cuales se administren o ejerzan recursos públicos federales;

VIII. El titular y los subsecretarios de la Secretaría de la Función Pública, en ejercicio de sus facultades de investigación o auditoría para verificar la evolución del patrimonio de los servidores públicos federales.

La solicitud de información y documentación a que se refiere el párrafo anterior, deberá formularse en todo caso, dentro del procedimiento de verificación a que se refieren los artículos 41 y 42 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y

IX. La unidad de fiscalización de los recursos de los partidos políticos, órgano técnico del Consejo General del Instituto Federal Electoral, para el ejercicio de sus atribuciones legales, en los términos establecidos en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Las autoridades electorales de las entidades federativas solicitarán y obtendrán la información que resulte necesaria también para el ejercicio de sus atribuciones legales a través de la unidad primeramente mencionada.

Las autoridades mencionadas en las fracciones anteriores solicitarán las noticias o información a que se refiere este artículo en el ejercicio de sus facultades y de conformidad con las disposiciones legales que les resulten aplicables.

Las solicitudes a que se refiere el tercer párrafo de este artículo deberán formularse con la debida fundamentación y motivación, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Los servidores públicos y las instituciones señalados en las fracciones I y VII, y la unidad de fiscalización a que se refiere la fracción IX, podrán optar por solicitar a la autoridad judicial que expida la orden correspondiente, a efecto de que la institución de crédito entregue la información requerida, siempre que dichos servidores o autoridades especifiquen la denominación de la institución, el número de cuenta, el nombre del cuentahabiente o usuario y demás datos y elementos que permitan su identificación plena, de acuerdo con la operación de que se trate.

Los empleados y funcionarios de las instituciones de crédito serán responsables, en los términos de las disposiciones aplicables, por violación del secreto que se establece y las instituciones estarán obligadas en caso de revelación indebida del secreto, a reparar los daños y perjuicios que se causen.

Lo anterior, en forma alguna afecta la obligación que tienen las instituciones de crédito de proporcionar a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, toda clase de información y documentos que, en ejercicio de sus funciones de inspección y vigilancia, les solicite en relación con las operaciones que celebren y los servicios que presten, así como tampoco la obligación de proporcionar la información que les sea solicitada por el Banco de México, el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario y la Comisión para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, en los términos de las disposiciones legales aplicables.

Se entenderá que no existe violación al secreto propio de las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta ley, en los casos en que la auditoría superior de la federación, con fundamento en la ley que norma su gestión, requiera la información a que se refiere el presente artículo.

Los documentos y los datos que proporcionen las instituciones de crédito como consecuencia de las excepciones al primer párrafo del presente artículo, solo podrán ser utilizados en las actuaciones que correspondan en términos de ley y, respecto de aquellos, se deberá observar la más estricta confidencialidad, aun cuando el servidor público de que se trate se separe del servicio. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones, proporcione copia de las mismas o de los documentos con ellas relacionados, o que de cualquier otra forma revele información en ellos contenida, quedará sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles o penales correspondientes.

Las instituciones de crédito deberán dar contestación a los requerimientos que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores les formule en virtud de las peticiones de las autoridades indicadas en este artículo, dentro de los plazos que la misma determine. La propia comisión podrá sancionar a las instituciones de crédito que no cumplan con los plazos y condiciones que se establezca, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 108 al 110 de la presente ley.

La comisión emitirá disposiciones de carácter general en las que establezca los requisitos que deberán reunir las solicitudes o requerimientos de información que formulen las autoridades a que se refieren las fracciones I a IX de este artículo, a efecto de

que las instituciones de crédito requeridas estén en aptitud de identificar, localizar y aportar las noticias o información solicitadas”.²⁰

Respecto del artículo antes transcrito, se debe observar como modifica el criterio de la Corte, respecto de la información que deberá entregarse a las autoridades que así lo requiera, no solo si alguna de las partes del contrato de fideicomiso lo solicita o interviene en algún procedimiento judicial, sino que, incluso establecen facultades tanto al Procurador General de la Republica como a los procuradores de los estados, a efecto de poder obtener datos tendientes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de una persona inmersa en un procedimiento de carácter penal.

1.4 Elementos

Como todo tipo de contrato, en el fideicomiso es necesario que se reúnan elementos de existencia y validez, con la finalidad de que surta plenos efectos legales y tenga validez jurídica de acuerdo a nuestra legislación. Dentro de los elementos de existencia nos encontramos con:

Objeto

Existen dos tipos de objetos dentro de un contrato, el objeto directo e inmediato y el objeto indirecto. El objeto directo es la creación o la transmisión de obligaciones o derechos, el objeto indirecto de la obligación generada consiste en la conducta de dar cosas, hacer o no hacer y este es desde luego mediato o indirecto respecto del contrato o negocio jurídico celebrado. El primero ha de ser siempre jurídicamente posible y el segundo debe ser tanto jurídico como físicamente posible.

²⁰ Ley de Instituciones de Crédito, Editorial Porrúa, México 2009.

Así pues, el objeto indirecto del acto constitutivo del fideicomiso puede ser toda clase de bienes y derechos, según lo indica el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Por ello, los bienes que se den en fideicomiso se consideran afectos al fin a que se destinan, y, en consecuencia, sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que expresamente se reserve al fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto de tales bienes, con anterioridad a la constitución del fideicomiso, por el fideicomiso o por terceros. Aquí, es de hacer notar que el fideicomiso constituido en fraude a terceros podrá en todo tiempo ser atacado de nulidad por los interesados.

Manifestación de la voluntad o consentimiento

Aquí es necesario distinguir que no es lo mismo el consentimiento que la voluntad, ya que la voluntad es la exteriorización de la intención o deseo de una persona, mientras que el consentimiento es el acuerdo de voluntades, por lo que se requiere una concurrencia de voluntades que coincidan con los mismos fines y objetivos.

Según el jurista Ramón Sánchez Medal,²¹ el consentimiento debe tener las siguientes características para que se considere efectivo:

- Que se trate de una voluntad real.
- Que la voluntad sea seria y precisa.
- Que la voluntad sea exteriorizada, ya sea en forma expresa o tácita.
- Que la voluntad tenga un determinado contenido en forma expresa o tácita.

La voluntad es la intención exteriorizada de una persona para la consecución de determinados fines o efectos jurídicos. Así, la voluntad jurídica indica la intención de contraer un vínculo jurídico que produzca derechos y obligaciones. El

²¹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, Editorial Porrúa, México, 1991, págs. 24-25.

consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente o por escrito, y es tácito cuando por hechos indubitables se establece la intención de otorgar el consentimiento. Para la constitución del Fideicomiso, el consentimiento de las partes de la relación fiduciaria debe constar por escrito.

Solemnidad

Se ha dicho que la solemnidad es la formalidad llevada al extremo, al grado que la ley nos exige que cierto acto revista de una serie de requisitos sin los cuales puede ser considerado como inexistente, como lo es en el caso del matrimonio, del testamento, de la compraventa de bienes inmuebles o de la afectación de estos a un fideicomiso; a esta forma se le llama solemnidad cuando la ley la exige expresamente. Cabe mencionar que para el fideicomiso no se requiere de solemnidad alguna para su existencia.

Elementos de validez

Para que los actos jurídicos tengan plena eficacia y no puedan ser anulados, deben cumplir con ciertos requisitos de validez, como son:

- La licitud en el objeto, fin, motivo o condición del negocio.
- La capacidad de ejercicio.
- La ausencia de vicios del consentimiento.
- La forma.

A continuación explicaremos brevemente cada uno de estos elementos:

Licitud en el objeto, fin, motivo o condición del negocio

En los artículos 381 y 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se establece que el fin del fideicomiso debe ser lícito y determinado. Debiéndose entender que el objeto, el motivo o la condición del negocio deben ser calificados particularmente en cada acto constitutivo de un fideicomiso, como el de cada contrato que se celebre para su ejecución; por ende, es válida la afirmación del

Maestro Roberto Batiza que afirma: “La autoridad judicial como intérprete de las concepciones de orden público y de las buenas costumbres prevalecientes en la colectividad, es la que resuelve en cada caso si el fin de un fideicomiso está o no en pugna con tales concepciones”²².

La capacidad de ejercicio

La capacidad se puede definir como la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones. La capacidad de goce es un atributo de la personalidad que se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte.

La capacidad de ejercicio es la aptitud reconocida al sujeto para ejercitar válidamente manifestaciones de voluntad dirigidas a modificar la propia situación jurídica, es decir es la facultad de las personas para ejercitar por sí mismas sus derechos y cumplir con sus obligaciones. Se adquiere a la mayoría de edad o con la emancipación.

Se pierde al carecer de plenas facultades mentales, lo que tiene que ser declarado por el juez competente. Los mayores de edad que pierden esta capacidad se llaman incapacitados y requieren de un representante legal.

La capacidad jurídica de las personas permite la libre disposición de sus bienes, y como consecuencia, que estos puedan ser afectados en favor del fideicomiso. Existe un solo caso en el cual el menor de edad puede disponer libremente y por sí de determinados bienes y es el menor emancipado a partir de haber contraído nupcias, en este caso tendrá la libre disposición de sus bienes.

Para el caso de que un menor sea parte de la relación fiduciaria como fideicomitente, desde luego requiere de autorización judicial para ello siempre que

²² BATIZA Rodolfo, El fideicomiso, teoría y práctica, Ediciones de la Asociación de Banqueros de México A.C., México, 1973, pág. 25.

los bienes fideicomitidos sean inmuebles; en ese caso, sólo se requerirá de un tutor.

Es importante comentar, que a la institución fiduciaria la ley le otorga un trato especial, pues solamente podrá ser fiduciario la institución de crédito autorizada por la ley con las excepciones de las casas de bolsa, instituciones de fianza y sociedades mutualistas y de seguros, por ende el fiduciario será siempre una persona jurídica o moral, ya que nuestra legislación no permite a las personas físicas actuar como fiduciarias.

Ausencia de vicios del consentimiento

A pesar de la existencia del contrato, podemos encontrarnos que este se encuentre afectado en la voluntad por algún tipo de vicio con el cual, por falta de conocimiento o por falta de libertad se afecte la inteligencia o la voluntad de las partes.

Es de explorado derecho decir que los principales vicios de la voluntad son:

- Error
- Dolo
- Violencia o Lesión

La forma

La forma es la manera, el modo en que éste se realiza. Atendiendo a la forma, los actos jurídicos pueden ser clasificados en consensuales, formales y solemnes. Son actos simplemente consensuales aquellos para cuya validez no se requiere ninguna formalidad. Por lo tanto, toda manifestación de voluntad será válida, ya sea que se exprese verbalmente, por escrito o por señas, o se desprende de actos que hagan presumir la voluntad. Los actos formales son aquellos en los que el consentimiento es expreso y se manifiesta por escrito.

Los actos solemnes son aquellos en los que debe observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose ante un funcionario determinado, mismo que la ley establece.

Respecto del acto jurídico formal, ha de decirse que el realizado sin las formalidades que la ley exige, está afectado de nulidad relativa. Así, cuando la falta de forma produzca la nulidad relativa del acto, si la voluntad de las partes ha quedado expresada de una manera indubitable y clara, cualquiera de las partes interesadas puede solicitar que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley.

Para el otorgamiento del acto constitutivo del fideicomiso deben tenerse en cuenta las siguientes reglas:

- En primer lugar, se trata de negocios formales, en oposición tanto a consensuales como solemnes.
- De conformidad con el artículo 387 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la constitución del fideicomiso deberá siempre constar por escrito y ajustarse a los términos de la legislación común sobre la transmisión de los derechos, o a la transmisión de la propiedad de los bienes que afecten al formalizarse el contrato de fideicomiso
- Por su parte el artículo 388 del citado cuerpo normativo, prescribe que los fideicomisos con inmuebles deberán también ser inscritos en la sección de propiedad del Registro Público del lugar de ubicación de los bienes.

Que no vaya en contra del orden público

La Ley en ningún momento ha definido lo que debe entenderse por orden público y la doctrina aún no acuerda en definitiva lo que debe entenderse por ese concepto, sin embargo el maestro Ignacio Burgoa señala que “...*el orden público consistirá en el arreglo, sistematización o composición de la vida social con vista a determinada finalidad de satisfacer una necesidad colectiva, a procurar un bienestar público o a impedir un mal al conglomerado humano, entendiendo por*

*colectividad, pueblo o conglomerado al elemento poblacional*²³. Por lo tanto, debe cuidarse que dentro del contrato de fideicomiso no se viole ninguna disposición que pudiera considerarse de orden público, así como que no afecte el interés de la sociedad.

1.5 Fideicomitente

El fideicomitente es la persona física o moral que mediante una manifestación expresa de su voluntad, y habida cuenta de la capacidad legal necesaria para ello, transmite la titularidad al fiduciario, para constituir el fideicomiso, de ciertos bienes o derechos, a fin de que con ellos se realicen los fines para los que éste se constituye.

El artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que:

*“Sólo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello”*²⁴.

El fideicomitente requiere capacidad de ejercicio suficiente para celebrar el contrato de fideicomiso, y es requisito indispensable que sea titular de los bienes o derechos sobre los cuales se va a realizar la afectación del fideicomiso, o que tenga la facultad de disposición sobre esos bienes, pues sólo así se puede efectuar la transmisión de los mismos al fiduciario quien será el único titular del patrimonio del fideicomiso

²³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, El Juicio de Amparo, Editorial Porrúa, México, 1994, pág. 753

²⁴ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Porrúa, México, 2009

El Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, en su obra “Dos aspectos de la esencia del Fideicomiso Mexicano”, señala que al fideicomiso le es aplicable todo el régimen de los actos de dominio; ello a su vez, trae aparejado, entre otras situaciones, que por ejemplo, en todo caso de representación legal, tratase de quienes ejercen la patria potestad, o de tutor o curador, requieren de autorización judicial para fideicomitir un bien inmueble propiedad de su representado.

El fideicomitente como parte integrante del contrato de fideicomiso, tiene derechos y obligaciones que cumplir, y estos, son los siguientes:

- Señalar los fines del fideicomiso.
- Designar la institución fiduciaria que se encargara de ejecutar los fines del fideicomiso.
- Designar al fideicomisario, o fideicomisarios para que reciban simultánea o sucesivamente el provecho del fideicomiso.
- Reservarse determinados derechos sobre la materia del fideicomiso.
- Remover al fiduciario.
- Modificar el fideicomiso.
- Revocar el fideicomiso.
- Pedir la devolución de bienes.
- Nombrar un comité técnico.

Por lo que hace a las obligaciones, estas se dividen de la siguiente manera:

- Transmitir al fiduciario los bienes y derechos materia del fideicomiso.
- Pagar los gastos que origine la constitución y el manejo del fideicomiso, así como los honorarios fiduciarios.
- Toda vez que el fideicomiso implica un acto traslativo de dominio, el fideicomitente estará obligado al saneamiento para el caso de evicción.

1.6 Fideicomisario

Es la persona que recibe el beneficio derivado del fideicomiso. Así, el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, define a este como:

“Pueden ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica”²⁵.

El fideicomitente puede designar varios fideicomisarios para que reciban simultáneamente o sucesivamente el provecho del fideicomiso, conforme a lo establecido en el artículo 383 del ordenamiento en comento. Sin embargo la fracción II, del artículo 394 establece que quedan prohibidos los fideicomisos en los cuales el beneficio se conceda a diversas personas sucesivamente, que deban sustituirse por muerte de la anterior, salvo el caso de que la sustitución se realice a favor de personas que estén vivas o concebidas ya, a la muerte del fideicomitente.

Es pertinente comentar que la institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitidos y que tengan por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas (fideicomiso en garantía), en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales. En este supuesto, las partes deberán designar de común acuerdo a una institución fiduciaria sustituta para el caso que surgiese un conflicto de intereses entre las mismas.

Además, el fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y por tanto el fideicomitente y el fideicomisario pueden ser la misma persona.

²⁵ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Porrúa, México, 2009.

Entre los derechos del fideicomisario tenemos:

- Gozar de los derechos que le concede el acto constitutivo del fideicomiso.
- Exigir a la fiduciaria el cumplimiento de los fines del fideicomiso.
- Requerir cuentas al fiduciario.
- Atacar la validez de los actos que la institución fiduciaria cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de ley le corresponda.
- Reivindicar los bienes que a consecuencia de actos que la institución fiduciaria haya cometido en su perjuicio, de mala fe, con dolo, o en exceso de sus facultades, hayan salido del fideicomiso.
- Revocar y dar por terminado anticipadamente el fideicomiso si así se prevé en el acto constitutivo.

Por lo que hace a sus obligaciones estas se reducen a pagar los gastos que se causen con motivo de la extinción del fideicomiso.

1.7 Fiduciario

Por fiduciario, debemos entender a la institución que tiene la titularidad de los bienes o derechos fideicomitados y que se encarga de la realización de los fines del fideicomiso, y que requiere de autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para actuar como tal.

La designación del fiduciario corresponde al fideicomitente y debe hacerse constar en el acto de constitución del fideicomiso, según lo dispuesto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el fideicomitente podrá designar varias instituciones fiduciarias para que, conjunta o sucesivamente, desempeñen el fideicomiso, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse.

Es importante comentar, que la actuación de las instituciones fiduciarias es mediante la intervención de sus funcionarios denominados **delegados fiduciarios**, que son a quienes corresponde llevar a cabo los actos por los cuales

la fiduciaria desempeñe su función como tal. Así pues, el delegado fiduciario es la persona física en la que descansa la responsabilidad de realizar materialmente los fines del fideicomiso, es el ejecutor del mismo, y de sus actos responde directamente la institución, **sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurran ellos personalmente**; por lo que obligan a la institución con su firma y su cometido es personalísimo.

Entre los derechos del fiduciario tenemos:

- El exacto y fiel cumplimiento del fin pactado con el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso.
- Llevar contabilidades por separado por cada fideicomiso, debiendo registrar en ellas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que les confieren, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos.
- Presentar y rendir cuentas.
- Guardar el secreto fiduciario.
- No excusarse ni renunciar a su cargo sino por causas graves.
- No hacer un uso diverso de los bienes fideicomitidos.
- Responder de las pérdidas, menoscabo, daños y perjuicio que sufran los bienes o los fideicomisarios, por su culpa o por su negligencia grave.
- No otorgar créditos cuya garantía sean derechos sobre fideicomisos que tengan por fin: depósitos bancarios de dinero a la vista, a plazo.

1.8 Terceros

Por terceros debemos entender a todas aquellas personas que intervienen en la constitución, creación, administración y extinción del fideicomiso, entre ellos los más importantes a juicio de este tesista son:

- Miembros del Consejo Técnico
- Notarios y Corredores Públicos

- Representantes legales, apoderados y delegados fiduciarios

Debe entenderse como miembros del Consejo Técnico, a todas aquellas personas que por virtud del contrato de fideicomiso tengan injerencia en la administración, desarrollo, toma de decisiones o extinción del fideicomiso; en este orden de ideas, dichas personas no tienen el carácter de partes, es decir, únicamente su opinión es tomada en cuenta para realizar actos de administración, desarrollo o extinción del fideicomiso; aclarando que dicha actuación se realiza por virtud de una estipulación predeterminada en el acto constitutivo.

Notarios y corredores públicos, son fedatarios públicos ante los cuales se realizan diversos actos jurídicos necesarios para la creación, administración, defensa, o extinción del fideicomiso, mismos que la ley establece una forma predeterminada.

Los representantes legales, apoderados y delegados fiduciarios son aquellas personas que intervienen en representación y defensa de los intereses de las partes del fideicomiso, debe señalarse que dichas personas no son parte fundamental del fideicomiso y su intervención existe únicamente en virtud de diversas disposiciones o situaciones jurídicas que obligan o permiten su injerencia; tal es el caso, del representante legal de una persona moral, dado que, como es de explorado derecho, las personas morales o jurídicas son una ficción del derecho, por lo tanto, se delega en personas físicas las facultades necesarias para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de las obligaciones, teniendo una intervención relevante dentro del fideicomiso sin ser parte de éste, así mismo, los delegados fiduciarios, son las personas físicas designadas por la institución fiduciaria, encargadas de la administración del fideicomiso; dichas personas tienen responsabilidades administrativas, civiles o penales, respecto de los actos u omisiones en que incurran al llevar a cabo la administración de los bienes afectos al fideicomiso, sin embargo quien responde por estas personas de los daños y perjuicios causados a los beneficiarios del fideicomiso, es la institución fiduciaria.

1.9 Alcances jurídicos del fideicomiso

Existen, diversas teorías sobre los alcances y la naturaleza jurídica del fideicomiso, que conceptúan esta figura de las siguientes maneras:

- Como un acto unilateral
- Como un negocio jurídico
- Como un mandato
- Como negocio fiduciario

Sin embargo, debemos considerar al fideicomiso mexicano como un contrato, ya que partimos del principio que es una relación jurídica entre dos o más personas, pues siempre debe haber un fideicomitente (el que transfiere la propiedad sobre parte de sus bienes) y una institución fiduciaria (la que realizará un fin lícito determinado con esos bienes); esa relación jurídica, crea y transmite derechos y obligaciones entre las partes, por lo tanto, tiene todas las características atribuidas, por el Código Civil al contrato.

Es conveniente también mencionar que el Licenciado Pablo Macedo (uno de los creadores de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), consideró que la naturaleza jurídica del fideicomiso era de un contrato, ya que éste para su configuración requiere la voluntad de las partes²⁶.

Así pues, durante este capítulo hemos analizado brevemente el desarrollo histórico del fideicomiso, así como sus principales componentes y marco jurídico en nuestro país, lo que constituye la primera parte de nuestra investigación, por lo que durante el siguiente capítulo estudiaremos el delito de operación con recursos de procedencia ilícita con el fin de encaminarnos a cubrir los objetivos de estudio planteados.

²⁶ MACEDO, Pablo, Estudios sobre el Fideicomiso Mexicano, op.cit., pág. 161

CAPÍTULO II

EL DELITO DE OPERACIÓN CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA

2.1. Definición

En lo que concierne al concepto del Delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita, o comúnmente llamado Lavado de Dinero, conviene aclarar que hay que manejar una noción estricta frente a otra más amplia. En este último sentido se alude genéricamente al proceso de legitimación de los bienes de procedencia ilegal, obtenidos al margen del control de la administración tributaria, en cambio en sentido estricto, lavado de bienes es el referido exclusivamente al proceso de reconvención de bienes de origen delictivo y es, consecuentemente, del que nace la intervención del derecho penal. Para dar una solución al planteamiento formulado, haré referencia a los postulados más destacados de la doctrina, para poder estar en condiciones de proponer un concepto de lavado de dinero.

El Maestro Figueroa define al lavado de dinero como *“el procedimiento subrepticio, clandestino y espurio (es decir que hace ocultamente y de manera ilegítima) mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades ilícitas como lo son el contrabando, narcotráfico, evasión tributaria los delitos comunes, etc. Son reciclados al círculo normal de capitales o bienes y luego usufructuados mediante ardides tácticamente hábiles”*²⁷.

Para el jurista Marcos Kaplan, el lavado de dinero *“es uno de los instrumentos de la constelación delictiva y corruptora identificada con ciertas formas de criminalidad entre las que destaca el tráfico de drogas”*²⁸. El Maestro Pedro Zamora lo define como *“el proceso mediante el cual se realiza cualquier acto u*

²⁷ FIGUEROA VELÁSQUEZ, Rogelio, El Delito de Lavado de Dinero en el Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 61

²⁸ KAPLAN, Marcos citado por FIGUEROA VELÁSQUEZ, Rogelio, El Delito de Lavado de Dinero en el Derecho Penal Mexicano, op.cit., pág. 61

*operación de divisas o activos que provienen de una actividad tipificada como delito en el país en que se efectúan dichos actos u operaciones, con el propósito fundamental de ocultar el origen ilícito de tales divisas y activos, utilizando una serie de actos permitidos por la ley para llegar a un fin prohibido por la misma*²⁹.

En términos más estrictos el Maestro Blanco Cordero afirma que al hablarse de lavado de dinero se hace referencia a *“la actividad por la cual se invierte el dinero de una actividad ilícita en una lícita para tratar de ocultar el origen de ese dinero”*³⁰, y agrega que si se hiciera depender de su efectiva colocación en una actividad productiva, quedarían fuera del concepto todas aquellas conductas que aun orientadas hacia esa finalidad encubridora, no supusieran la inversión de esa riqueza obtenida como consecuencia de comportamientos delictivos.

El listado de definiciones podría prolongarse, pero considero que las expuestas bastan para demostrar que se esconde una realidad que es entendida de modos muy diversos. Parece evidente que la idea de vincular este conjunto de operaciones con el afloramiento de la riqueza oculta a los circuitos económicos es común en todas ellas, pero la amplitud con la que es tratado el fenómeno difiere entre las distintas propuestas.

Basándose en la idea de que el lavado es un proceso conforme el cual los bienes procedentes de actividades ilícitas adquieren una progresiva apariencia de licitud, tales fuentes sostienen la posibilidad de distinguir la existencia de tres fases sucesivas: colocación, conversión e integración de capitales, al término de las cuales esa riqueza ilícita se encontraría en condiciones de ser reintroducida en los cauces económicos regulares sin levantar sospechas respecto de su origen.

²⁹ ZAMORA, Pedro citado por FIGUEROA VELÁSQUEZ, Rogelio, El Delito de Lavado de Dinero en el Derecho Penal Mexicano, op.cit., pág. 63.

³⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro, El Delito de Blanqueo de Capitales, Editorial Aranzi, Pamplona, España, 1997, pág. 93.

Indudablemente la segmentación del proceso de blanqueo de capitales de procedencia ilícita, constituye un importante factor de carácter metodológico que facilita de manera considerable el estudio del fenómeno y ayuda a hacer más comprensible su exposición.

Por otra parte no se debe olvidar que el blanqueo es un proceso y no un resultado de un proceso, dado que difícilmente puede hablarse con propiedad de una meta.

En lo que hace su concepto legal el delito de operaciones de procedencia ilícita lo contempla el Código Penal Federal, en su artículo 400 bis el cual a la letra dice:

“Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

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

La pena prevista en el primer párrafo será aumentada en una mitad, cuando la conducta ilícita se cometa por servidores

públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos. En este caso, se impondrá a dichos servidores públicos, además, inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

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

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

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

Para los mismos efectos, el sistema financiero se encuentra integrado por las instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades financieras de objeto limitado, uniones de crédito, empresas de factoraje financiero, casas de bolsa y otros intermediarios

*bursátiles, casas de cambio, administradoras de fondos de retiro y cualquier otro intermediario financiero o cambiario*³¹.

El jurista Pedro Zamora, refiere que desafortunadamente el concepto de lavado de dinero desarrollado en la legislación mexicana, carece de estudios y falta de visión, ya que desde su punto de vista el legislador omitió incluir todos los verbos y acciones implicados en el lavado de dinero, lo cual podría provocar problemas y denegaciones en los procesos de extradición, aseguramiento de bienes o solicitudes de información y evidencias al extranjero. Asimismo refiere que el precepto citado es obsoleto ya que no desarrolla el término de dinero virtual, ni los bienes intangibles como la información contenida en los medios electrónicos³²

Conforme a lo anterior el jurista Pedro Zamora propone la siguiente definición:

*“El lavado de dinero es el proceso mediante el cual se realiza cualquier acto u operación con divisas o activos que provengan de una actividad tipificada como delito por la legislación del país en el que se efectúen dichos actos y operaciones, con el propósito fundamental de ocultar el origen ilícito de los mismos, usando una serie de actos permitidos por la ley y para llegar a un fin prohibido por la misma”*³³.

2.2. Tipos

El delito para su verificación requiere necesariamente de una conducta o hecho humano y además que esté consignada en un tipo normativo, de tal modo que si se suprime de la ley penal el tipo, el delito queda excluido. El tipo penal es descriptivo, en él se detalla con la objetividad posible la conducta antijurídica; es

³¹ Código Penal Federal, Editorial Porrúa, México, 2009.

³² ZAMORA SÁNCHEZ, Pedro, Marco jurídico del lavado de dinero, Editorial Oxford, México, 1999, pág. 6.

³³ *Ibidem*.

en sí la descripción que hace el código penal, de una conducta catalogada como delito.

El maestro Fernando Castellanos Tena dice al respecto que *“es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.”*³⁴

La postura del Maestro Beling dice que *“el tipo es la suma de aquellos elementos materiales que permiten establecer la esencia propia del delito e integra el núcleo del concepto en torno al cual se agrupan los demás elementos”*³⁵.

Para el Maestro Ignacio Villalobos *“el tipo es una forma legal de determinación de lo antijurídico punible, supuestas condiciones normales en la conducta que se describe”*. El jurista Mariano Jiménez Huerta define al tipo como *“el injusto recogido y descrito en la Ley Penal”*³⁶.

Tomando como base lo anterior se puede concluir que el tipo es la descripción legal de una conducta que el Estado considera contraria a Derecho.

El tipo penal que nos ocupa está contenido en los códigos punitivos de nuestra legislación, así este se conceptualiza como el deber jurídico penal que es la prohibición o mandato categóricos contenidos en el mismo.

Dicho deber jurídico se plasma en la prohibición de realizar por sí o por interpósita persona, las conductas o acciones que el numeral refiere tales como adquirir, enajenar, custodiar, cambiar, depositar, dar en garantía, invertir, transportar, o transferir recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza que provengan de actividades lícitas.

³⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 167.

³⁵ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 2003, pág.28.

³⁶ Op. Cit. pag. 35.

Subyace en esto, el hecho de que dichas conductas se deben realizar con un conocimiento o propósito específicos para la debida configuración del delito, de tal manera que el fin o propósito es lo que hace que la conducta en si sea reprochable, generando un resultado antijurídico consistente en ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita; de tal manera que el deber jurídico es el abstenerse de realizar tales conductas.

Ausencia de Tipo

Habrá ausencia de tipo cuando la conducta no obstante considerarse antisocial, el legislador no la haya incluido dentro de la norma. Por ejemplo, en el delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, el legislador debió incluir como formas de realización, la “posesión”, ya que si bien es cierto que se refiere a la adquisición, administración, custodia y depósito entre otras, el término “posesión” da pauta a la existencia de personas que detentan derechos sobre bienes, que no están incluidos en las figuras que se mencionan en el artículo 400 bis del Código Penal.

Pongamos el ejemplo de que los productos de ilícitos, son invertidos en un fideicomiso para que el fiduciario los administre y los frutos sean entregados al beneficiario o fideicomisario, en ese último caso, el usufructuario es diverso de las otras personas que interviene en el fideicomiso, y solo tiene la posesión derivada de los frutos del fideicomiso, luego entonces, éste beneficiario no es un adquirente, ni enajenante, ni depositario o custodio, ni su conducta está reglamentada en las hipótesis del delito de lavado de dinero del artículo 400 bis del Código Penal.

También pueden citarse los casos de arrendamiento, comodato o aparecería rural, que no encuadraran en la modalidad de adquisición, ni en ninguna otra señalada en el artículo 400 bis del Código Penal, pero que tendrían cabida en la modalidad de posesión si el legislador la hubiera incluido en la norma del ilícito de Lavado de Dinero.

Tomando en consideración lo anterior, podemos concluir que la ausencia del tipo, es la falta de reglamentación de las conductas desplegadas por una persona, que si bien, esa conducta pudiera ser socialmente rechazada, la misma no está debidamente especificada como delictiva dentro de algún cuerpo normativo vigente.

2.3. Elementos

Los elementos del tipo se conforman de elementos descriptivos, subjetivos y normativos. La mayoría de los tipos tienen una descripción objetiva de una conducta considerada como antijurídica o contraria a la ley, dicha descripción hace referencia a un resultado material. De manera general esa descripción contenida en los tipos penales aluden a procesos de naturaleza externa susceptibles de ser determinados espacial o temporalmente y apreciables por los sentidos. No obstante en ocasiones la conducta que se describe se hace de forma abstracta, es decir, solo se mencionan un dato que puede ser conocido por los sentidos como un disparo de arma de fuego, dejando abierta cualquier posibilidad para la ejecución o perpetración del ilícito. Existen también tipos más específicos en los que no basta la realización de cierta conducta o la verificación de un resultado, sino que requieren de modalidades que recaen en el sujeto pasivo, sobre el objeto, entre otras especificada por la ley.

Los elementos subjetivos describen conductas antijurídicas haciendo referencia a determinada finalidad o conducta que por su modo de ejecución se constituye en ilícita. La razón de ser de estos elementos es porque en ocasiones la objetividad no basta para interpretar adecuadamente la conducta asesina, sino que se necesita conocer el proceso interno psicológico, el estado de conciencia del autor o los motivos que tuvo para delinquir. Sólo de tal forma y atendiendo a la tendencia interna o al estado de conciencia del individuo que desplegó la conducta ilícita, ésta adquirirá verdadera relevancia o significación en el ámbito penal.

También encontramos elementos normativos cuya concurrencia en un caso concreto solo puede ser establecida mediante una valoración como la incapacidad

de un menor o un enfermo entre otras hipótesis. Es decir a menudo, para que una conducta quede tipificada, se hace indispensable aplicar juicios normativos sobre la ilicitud de la conducta desplegada.

La Tipicidad

La tipicidad es la adecuación de la conducta desplegada por el sujeto activo, al tipo penal marcado por la norma, en el caso a estudio a lo contemplado en el artículo 400 bis del Código Penal. El finalismo planteó la tesis de que la acción humana es, un acontecer final, no solamente causal o “ciego”, sino que el hombre al actuar, se propone fines; puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su actividad y dirigirlas a la consecución de esos fines.

Como consecuencia de ese planteamiento, el finalismo, ubicó el dolo y la culpa en el tipo. El contenido de la voluntad en la acción, el dolo y la culpa se ubican en la conducta descrita en el tipo penal, aparecen así los tipos de dolo y culpa, y como el juicio de antijuricidad incide sobre la acción (u omisión), se incluye en ellos el estudio de elementos, no solo objetivos, sino subjetivos.³⁷

Antijuricidad

La antijuricidad es una característica que tiene la conducta del sujeto activo, consistente en que su desarrollo se da, cuando se actúa de manera contraria a derecho. En la teoría finalista y en la causalista se estipula que quien actúa acoplado su comportamiento al tipo, lo hace en principio antijurídicamente.

En el finalismo y en la teoría causalista la tipicidad es indicio de antijuricidad y para algunos tratadistas la tipicidad es certeza de antijuricidad. Habrá antijuricidad cuando la conducta es típica y no existe ninguna causa que la justifique.

Siguiendo la teoría finalista tenemos que hay antijuricidad, cuando existe la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado, o sea una conducta

³⁷ Orellana, Octavio. Teoría del delito. Editorial Porrúa, tercera edición. Págs. 147 y 148

injusta por estar referida a una persona concreta, el injusto de la acción referida a su autor, es pues un “injusto penal”.

El Maestro Octavio Orellana, define a la antijuricidad como “la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibida con el ordenamiento jurídico en su conjunto. El injusto penal es la conducta antijurídica misma. La antijuricidad es un predicado; lo injusto, un sustantivo. De ahí que lo injusto es siempre referido al autor de la conducta, por tanto, siempre será un injusto personal”.³⁸

Culpabilidad

Existen diversas teorías para explicar los elementos del delito siendo uno de estos la culpabilidad, así tenemos por orden de aparición: la teoría causalista, la finalista, la teoría funcionalista y la teoría garantista.

Actualmente en México seguimos el método de la teoría causalista la cual, considera a la culpabilidad, como aquella donde se encuentran los elementos subjetivos del delito y además entiende a la culpabilidad como la capacidad de reproche.

En la teoría finalista la culpabilidad se sustenta en la capacidad de entender, motivar o determinar la conducta que realiza el sujeto activo, en donde se inicia un juicio de reproche, es decir la imputabilidad; además deberá tener conciencia de la antijuricidad, y que le era exigible tal conducta siendo que no pudo obrar de otra manera.

Para el finalismo el imputable si puede obrar dolosa o culposamente, y su actuar puede ser injusto, pero no culpable, por estar imposibilitado de poder comportarse de manera distinta. Para que le sea reprochable la conducta, y declarado culpable el sujeto debe estar en posibilidad de conocer la antijuricidad de su conducta.

Un elemento de la culpabilidad en la teoría finalista es la exigibilidad de un comportamiento distinto al realizado. Tratándose del delito de Lavado de Dinero,

³⁸ ORELLANA, Octavio. Teoría del delito. Tercera edición, Editorial Porrúa. pag. 154.

será culpable el activo, cuando sea imputable y tenga coincidencia de la antijuricidad, así como la exigibilidad de otra conducta a la que produjo.

A raíz de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en marzo de 1999, se siguió la teoría causalista y por lo tanto la culpabilidad comprende tanto el dolo como la culpa.

El Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita solamente se puede cometer de manera dolosa, es decir, que el sujeto conoce los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho delictivo; sin embargo, este hecho más adelante será sujeto de una propuesta por parte de éste tesista, toda vez que dicha concepción debiera de ser modificada, creando un delito de carácter culposo para todas aquellas personas que con motivo de las actividades que desarrollen en las instituciones pertenecientes del Sistema Financiero Mexicano, omitan cumplir con las obligaciones que establecen las medidas preventivas en contra del lavado de dinero fijadas por las instituciones financieras con las que desarrollen su actividad.

Punibilidad

Hay punibilidad cuando el sujeto se hace acreedor a la aplicación de una pena, señalada en el ordenamiento jurídico, y en virtud de haber verificado una conducta que es catalogada como delito. Para la teoría finalista la pena es la medida de la culpabilidad.

El artículo 400 bis del Código Penal Federal, prevé una pena de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días de multa a quien cometa el delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Cuando la conducta ilícita se cometa por servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos la pena antes aludida será aumentada en una mitad y además se les aplicará a los servidores públicos, inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta.

Los funcionarios a que se refiere el párrafo inmediato que antecede, son Policías Preventivos, que son los que están encargados de prevenir delitos, los agentes del ministerio público, policías judiciales, funcionarios de la Procuraduría Fiscal de la Federación y de la Secretaría de Hacienda que debido a sus atribuciones, son los que tienen la obligación de investigar y denunciar los delitos y por último los jueces, magistrados y ministros de la Suprema Corte quienes administran la justicia.

Ahora bien, hay que especificar que los funcionarios públicos en cuestión, pueden ser tanto del Fuero Común como Federales, ya que el tercer párrafo del artículo en comento, no hace distinción de ninguna especie en cuanto a clase de ilícitos que les toque conocer, razón por la cual donde hay ley no hace distinción el Juez no tiene porque realizarla y por ello tal penalidad agravada le corresponde a cualquier funcionario público encargado de prevenir, investigar, denunciar o juzgar cualquier tipo de delito.

Así, el Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita debe considerarse como un tipo anormal, ya que implica hacer una valoración de si el sujeto que realiza este tipo de operaciones adquirió, enajenó, administró, custodió, cambió, depositó, dio en garantía, invirtió, transportó los recursos y bienes para realizar los previstos contemplados en la legislación penal en la materia, es decir con el propósito de ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de tales recursos, así como alentar alguna actividad ilícita, elementos que requieren necesariamente de una valoración para determinar si las operaciones realizadas fueron de índole dolosa, además se debe de considerar al Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita como un delito fundamental o básico ya que tiene vida propia, pues su objeto es el evitar la transferencias con bienes ilícitos.

Además, el Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, contempla circunstancias mismas que sí se materializan o verifican, aumentarán la

punibilidad prevista, tiene también una formación casuística y alternativamente formado ya que el tipo señala más de dos formas de cometer el ilícito.

Así pues, tenemos en todo caso, que el Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, contiene elementos objetivos, subjetivos y normativos, siendo importante que el elemento objetivo, es importante para referir una conducta ilícita, en este caso respecto al comportamiento del agente de realizar conductas consistentes en adquirir, enajenar, administrar, custodiar, cambiar, depositar, dar en garantía, invertir, transportar o transferir recursos, derechos o bienes de diversa índole que procedan o signifiquen el producto de actividades ilícitas. El elemento subjetivo, referido a la intención del sujeto activo, de ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita. Por último el elemento normativo requiere de un juicio valorativo de naturaleza jurídica o ética, pues el tipo describe conceptos tan amplios y variados que se necesitará corroborar que tales actividades tienen una connotación ilícita.

2.4. Formas de participación

Los tipos penales pueden clasificarse de acuerdo al círculo de sujetos que puedan ser autores de las conductas en ellos incriminadas, en delitos especiales y en delitos comunes. Por lo que respecta a los delitos comunes en la redacción del tipo el legislador no exige que el sujeto activo tenga determinadas cualidades o características. Por el contrario la doctrina señala que los delitos especiales, si requieren que el sujeto que realiza la conducta típica, reúna determinadas conductas especiales.

Así el artículo 13 del Código Penal Federal señala que:

“Son autores o partícipes del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización.

II.- Los que los realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y

VIII.- los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código³⁹.

De acuerdo a lo anterior sólo los actos de intervención en la perpetración del hecho principal, son de participación. Quien después de la terminación del hecho apoya al autor o asegura el botín, no participa sino favorece o encubre.

El delito Operación con Recursos de Procedencia Ilícita puede cometerse por cualquiera de las formas de intervención señaladas en el Código Penal Federal en su artículo 13. Para encontrar la participación debemos encontrar un lazo en el

³⁹ Código Penal Federal, Editorial Porrúa, México, 2009

propósito de llevar a cabo el delito y el consentimiento para tal efecto, mediante una conducta consiente y voluntaria.

Para la existencia de la participación en una sola conducta, en calidad de auxilio o cooperación, se requiere que el sujeto tenga conocimiento respecto a la comisión del hecho delictuoso y que cualquier acto de auxilio este referido precisamente a dicho consentimiento y a la realización material del hecho, donde se pueda construir la participación.

En nuestro país, de acuerdo a la regulación actual, podemos inferir que las posibles formas delictivas descritas en el párrafo primero del artículo 400 bis del Código Penal Federal, la puede realizar cualquier persona ya que la redacción se inicia con una expresión genérica, esto es, sin añadir ninguna exigencia expresa relativa al sujeto activo del delito en comento.

El jurista Blanco Cordero en su estudio sobre el sujeto activo, agrega que hay países en cuya legislación se configura el delito de blanqueo de capitales y que cualquier persona puede ser sujeto activo, sin que reúna características especiales de autoría, siendo el caso que se declara expresamente que los autores, coautores o cómplices en el delito previo pueden ser sancionados por el posterior delito de blanqueo⁴⁰, sin embargo en México, el Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, exige que previamente se haya cometido otro ilícito del que procedan los bienes, y de ahí y debido al privilegio de no autoincriminación se concluye que no puede imputarse al autor del delito previo, el delito de lavado de dinero.

En el encubrimiento y en el delito de lavado de dinero, el autor del delito previo no puede ser culpable de estos, por que como ya se mencionó se ampara en el privilegio de la no autoincriminación, además de que no se puede sancionar al sujeto por disfrutar de los productos de su actuar delictivo, pues es una consecuencia necesaria del mismo. La causal de no exigibilidad de otra conducta

⁴⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. El Delito de Blanqueo de Capitales. pág. 98.

sustenta el privilegio de no autoincriminación. La ocultación, disfrute, inversión, etc., es un proceso natural de los bienes materia del delito, por lo que no puede sancionarse.

Aunado a lo anterior, debe decirse que cuando el delincuente comete un delito como el robo, tiende a ocultar el objeto, de otra forma habría prueba de que cometió el delito, por lo que el privilegio de no autoincriminación cobra plena validez.

Ahora bien, si el legislador pretende que se sancione a los autores, coautores, cómplices y encubridores del delito previo que intervengan en la ocultación, administración, etc., de los bienes producto del ilícito como participes de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, lo deben de expresar textualmente en la norma. Sin embargo en México, la impunidad para el autor del delito previo tiene sus límites, cuando utiliza a otras personas para la ocultación, administración, inversión, etc., de los bienes producto de tal ilícito, o cuando comete otro delito con tales bienes como la defraudación fiscal, sí se le puede imputar el delito de lavado de dinero, pues pierde ese privilegio de la no autoincriminación, ya que con los bienes que ha obtenido ilícitamente involucra a otras personas o realiza otras conductas tipificadas como delito.

Cualquier persona puede ser sujeto activo con excepción de las personas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 400 bis, es decir, los empleados y funcionarios que integran el sistema financiero, los cuales tienen una calidad especial; asimismo los aludidos en el párrafo tercero del precepto en comento que son sujetos calificados, ya que tienen que ser servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos.

2.5. Clasificación

Por la forma de persecución

El ilícito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita es perseguible de oficio con excepción de los casos en los cuales se utilicen servicios de Instituciones que integran el sistema financiero, ya que en estos casos para proceder penalmente se requiere la denuncia previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La manera de persecución del ilícito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita, cuando son utilizados los servicios de Instituciones que integran el sistema financiero, *sui generis*, ya que como se advierte de la exposición de motivos en la creación de la figura delictiva, el Ministerio Público Federal puede proceder a la investigación de los hechos criminales que puedan constituir tal delito, sin embargo para lograr consignar tales hechos deberá de contar con la denuncia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Tal parece que el párrafo IV del artículo 400 bis del Código Penal Federal que habla sobre la denuncia que debe efectuar la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se refiere a que sin ese requisito, el Ministerio Público de la Federación no puede realizar de oficio su investigación pero según la exposición de motivos, la investigación de los hechos delictivos por el Ministerio Público de la Federación puede verificarse aun sin contar con ella; contrariando de esta manera el contenido de los artículos 113 y 114 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En efecto el Ministerio Público de la Federación, está obligado a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tenga noticia, pero ninguna averiguación previa puede iniciarse de oficio, cuando se trate de ilícitos en lo que solamente se pueda proceder por querrela necesaria si ésta no se ha presentado o cuando la ley exija algún requisito previo; siendo necesaria la querrela en los casos en lo que así lo determine el Código Penal Federal u otra ley.

En tal virtud, de acuerdo con tales preceptos no procedería que el Ministerio Público de la Federación realizara la investigación cuando se tratara de hechos probablemente constitutivos de delito, en donde intervinieran Instituciones que forman parte del sistema financiero; sin embargo de conformidad con el artículo 400 bis del Código Penal Federal, interpretando de manera lógica y según la *Ratio Legis*, Ministerio Público de la Federación sí puede investigar tales hechos, pero para consignarlos ante la Autoridad Jurisdiccional, debe contar con la denuncia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Por lo anterior, había que precisar en el código adjetivo de la materia, en los artículos referidos, la situación especial en la investigación que se lleve a cabo en el delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita.

Según la conducta del agente

El delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita, puede cometerse por acción y por omisión.

Por acción en los casos, que por sí o por interpósita persona:

Adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, de en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar algún actividad ilícita.

Efectivamente los delitos de acción se realizan por medio de una actividad positiva y en ellos se viola una norma prohibitiva, y así los tenemos en las conductas antes aludidas en el artículo 400 bis del Código Penal Federal.

También el ilícito de referencia puede cometerse por omisión.

Los delitos de omisión, suelen dividirse en simple omisión y comisión por omisión.

En los de simple omisión, el sujeto se abstiene de realizar lo ordenado por la ley, violándose una norma dispositiva.

En los delitos de comisión por omisión, se viola una norma dispositiva y otra prohibitiva.

El delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita puede ser cometido por omisión simple ya que no existe un daño material.

Por todo lo anterior concluimos que el delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita puede ser cometido por omisión simple.

En el supuesto de omisión simple, tenemos por ejemplo a los empleados o funcionarios bancarios que omiten registrar una operación de compra venta de divisas que son invertidas a los datos del remitente o receptor de una orden de pago, con la finalidad de ocultar la procedencia del dinero, cuando este proviene de una actividad ilícita a que se refiere el delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita.

Por su duración

Según el artículo 7 del Código Penal Federal, el delito es:

“Artículo 7o.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El delito es:

I.- Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II.- Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.- Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.”

El delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita, es permanente o continuo ya que la consumación por sus características permite que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatorio del derecho en cada uno de sus momentos, hay continuidad en la conciencia y en la ejecución.

Tenemos el ejemplo de aquella persona que comete un delito contra la salud, obteniendo una ganancia económica por el hecho delictivo que llevó a cabo, entregándole el fruto de la actividad a otro individuo para que oculte esas ganancias y trasladándolas de la Ciudad de México a la Ciudad de Monterrey, ya estando en este último sitio, los recursos de procedencia ilícita, son administrados, todo esto con el propósito de ocultar el origen, el destino y localización de dichos bienes.

Como podemos ver, la consumación del acto se prolongó en el tiempo, realizándose diversas conductas en la verificación del ilícito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita.

Como elementos del delito permanente o continuo, tenemos:

1. Una acción u omisión.
2. Una consumación duradera creada de un estado antijurídico

Para el maestro Celestino Porte Petit, la consumación duradera comprende tres fases o momentos:

- A) El momento inicial (comprensión del bien jurídico protegido en la ley);

- B) El momento intermedio (el cual comprende desde la comprensión del bien, hasta antes de la cesación del estado antijurídico)
- C) El momento final (cesación del estado antijurídico) ⁴¹

Por el resultado

Los delitos pueden ser materiales o formales:

Los materiales son aquellos que requieren la producción de un resultado material, como ejemplo el Homicidio.

Los formales, son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión de la gente, no siendo indispensable la producción de un resultado externo.

Si en el delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita, se violan entre otros bienes la seguridad pública, la seguridad de la nación, la protección de la salud colectiva, el sano desarrollo de la economía nacional la preservación de los derechos humanos, la administración de la justicia, podemos llegar a la conclusión de que se trata de un delito formal, porque no hay un daño material y que los bienes jurídicos son afectados cuando se comete el hecho típico contemplado en el artículo 400 bis del Código Penal Federal

Por el elemento interno

Los delitos pueden ser cometidos en forma dolosa o culposa, según se establece del artículo 8 del Código Penal.

“Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico, quiere y acepta la realización del hecho descrito por la ley.

⁴¹ PORTE PETIT, Celestino. Apuntes de la Parte General del Derecho Penal I, Editorial Porrúa, México, 1990, Pag. 231.

Se comporta culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.

Artículo 9o. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

El delito de Operaciones de Recursos de Procedencia Ilícita, es doloso o intencional, ya que se requiere de conocimiento y propósito de efectuar la conducta típica, como se desprende del texto del artículo 400 bis del Código Penal Federal, que contempla el ilícito en cuestión.

Si la persona que está involucrada en el manejo de bienes de procedencia ilícita, desconoce su procedencia e inclusive aun sabiéndolo pero no tiene el propósito de ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita; luego entonces no se verifica el elemento interno en su especie de dolo o intención, que en caso del delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita, está comprendido en los verbos “conocimiento” y “propósito”, que contiene el artículo 400 bis del citado cuerpo normativo.

Por su competencia

El delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita es tanto del orden federal como común; es del orden federal pues el Congreso de la Unión con base en el **artículo 73 fracción XXI de la Constitución de la República Mexicana**, que lo faculta para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse.

De esta manera fue el Congreso de la Unión el que creó el delito en cuestión que se encuentra regido en la norma del artículo 400 bis del Código Penal.

También es del Fuero Común, ya que por reforma publicada en la **Gaceta Oficial del Distrito Federal de 17 de diciembre de 1999**, se incluyó este delito en el Código Penal para el Distrito Federal.

La competencia puede establecerse, atendiendo a la materia, al territorio, al grado o, al fuero.

A) El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, lo podemos clasificar en cuanto a la materia, como de carácter penal, tocando conocer a los jueces penales.

B) Por lo que hace al territorio; dice la fracción VI del Artículo 20 Constitucional que es una garantía del procesado el ser juzgado por un Juez o Jurado del lugar donde se cometió el delito.

2.6. Regulación Jurídica

Las características que delimitan el contenido de los elementos principales del tipo, como es la acción típica o conducta típica del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, queda configurado como hemos visto en el artículo 400 bis del Código Penal Federal, el cual señala que se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días de multa al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta,

transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.

La misma pena se aplicará a los empleados y funcionarios de las instituciones que integran el sistema financiero, que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para la comisión de las conductas previstas en la legislación en la materia, sin perjuicio (es importante comentar que el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito señala las medidas y procedimientos que deberán implementar las instituciones de crédito para prevenir y detectar actos y operaciones que puedan ubicarse en el lavado de dinero), de las sanciones que les correspondan conforme a la legislación financiera vigente, por lo que podemos decir que en términos generales comete encubrimiento el que con posterioridad a la ejecución de un delito protege o facilita la fuga de los responsables o les asegura la impunidad por destruir las huellas o pruebas del delito o por esconder sus efectos.

Asimismo, el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 194 señala que se considera grave este delito al establecer a la letra que:

“Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

...32) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis, y...”⁴²

⁴² Código Federal de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, México, 2009.

En el Distrito Federal el Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, es regulado por el artículo 250 del Código Penal local que a la letra dice:

“Al que por sí o por interpósita persona adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza que procedan o representen el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita, se le impondrán de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa.

Las penas previstas en el párrafo anterior serán aumentadas en una mitad cuando el delito se cometa por servidores públicos; además, se impondrá a dichos servidores públicos, destitución e inhabilitación para desempeñar empleo, cargo o comisión hasta por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta”⁴³.

Como vemos, la redacción de este ordenamiento coincide casi exactamente a la legislación federal, existen otra serie de ordenamientos de tipo fiscal que complementan la legislación en contra del Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, que tratan en todo caso de combatir la evasión fiscal como ya hemos mencionado.

2.7. Delincuencia organizada

Las operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita son un delito que puede ubicarse dentro de la llamada delincuencia organizada (y a veces dentro de la delincuencia económica), el termino de delincuencia organizada fue empleado por

⁴³ Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 2009.

primera vez por criminólogos norteamericanos al referirse a las actividades de la mafia. La palabra “organizada” alude a la asociación, sociedad, corporación, grupo, gremio o coalición de un grupo de personas con el propósito de delinquir. Es el tipo de delincuencia que sobrepasa la delincuencia común, pues llega a tal extremo de evolución o perfeccionamiento que rebasa los límites de control policial y gubernamental, y trasgrede valores fundamentales de la sociedad.

Sus formas de operar se basan en un sistema complejo, tipo empresarial, bien estructurado para la comisión de delitos, con el fin de lograr un acrecentamiento económico, o en su defecto controlar el poder político y social como el caso del terrorismo y ahora también del narcotráfico

Su accionar sustancialmente obedece a la realización de operaciones ilegales de tipo financiero, mercantil, bancario, bursátil o comercial, con auxilio de tecnología y asesoría especializada. La forma en que operan es tan eficaz que en la actualidad rebasan las fronteras geográficas y en cierto modo se han vuelto empresas transnacionales⁴⁴.

En el caso del Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, estas organizaciones delictivas utilizan una serie de estrategias para efectuar el lavado del dinero, siendo una de ellas la constitución de fideicomisos traslativos de dominio como medio comisivo del mismo, por lo que durante el siguiente capítulo, analizaremos con mayor profundidad la acción de la delincuencia organizada en esta rama de nuestro sistema financiero.

⁴⁴ Cfr. BRUCES ANAYA, Luis Alonso. El Crimen Organizado (Origen, evolución, situación y configuración de la Delincuencia Organizada en México), Editorial Porrúa, México, 2001, págs. 32-36.

CAPÍTULO III

DELINCUENCIA ORGANIZADA Y LA UTILIZACIÓN DEL SISTEMA FINANCIERO Y FIDUCIARIO MEXICANO PARA REALIZAR OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA

3.1. Definición de Sistema Financiero Mexicano

Por Sistema Financiero Mexicano, debe entenderse el conjunto de organismos e instituciones que captan, administran y canalizan la inversión, y el ahorro dentro del marco jurídico de nuestro país, siendo el máximo órgano administrador del mismo la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP).

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, es una dependencia administrativa centralizada del Poder Ejecutivo Federal, que tiene también entre sus funciones obtener los recursos económicos para lograr el desarrollo económico nacional. Además de la SHCP, existen otras instituciones encargadas de regir y supervisar al Sistema Financiero Mexicano, y de proteger a los usuarios del mismo siendo estas instituciones las siguientes:

- **Banco de México:** Funge como banco central del Estado Mexicano, es autónomo en sus funciones y administración conforme a lo establecido en nuestra Constitución, su finalidad principal es proveer a la economía de moneda nacional, teniendo como objetivo prioritario procurar la estabilidad del poder adquisitivo de dicha moneda y el control de la inflación. Además, le corresponde promover el sano desarrollo del sistema financiero y propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos para brindar estabilidad al mismo.
- **Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV):** Es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con autonomía técnica y facultades ejecutivas en los términos de la propia Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Entre sus funciones está

supervisar y regular, en el ámbito de su competencia, a las entidades financieras, a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento.

- **Comisión Nacional de Sistemas de Ahorro para el Retiro (CONSAR):** Órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con autonomía técnica y facultades ejecutivas con competencia funcional propia en los términos de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, tiene además como función regular y supervisar la operación adecuada de los participantes del sistema de pensiones basados en las AFORES, tratando de proteger los intereses de los trabajadores.
- **Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF):** Es un Organismo Público Descentralizado, cuyo objeto es promover, asesorar, proteger y defender los derechos e intereses de las personas que utilizan o contratan un producto o servicio financiero ofrecido por las Instituciones Financieras que operen dentro de nuestro país, y además tiene la obligación de promover una adecuada cultura financiera entre nuestra población
- **Instituto para la Protección al Ahorro Bancario (IPAB):** Este organismo es el encargado de proteger los depósitos del pequeño ahorrador, para preservar la estabilidad del sistema financiero y el buen funcionamiento de los sistemas de pagos bancarios.
- **Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF):** Es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuyas funciones son: la inspección y vigilancia de las instituciones y de las sociedades mutualistas de seguros.

Además, de estos organismos el Sistema Financiero Mexicano, tiene diversos componentes institucionales de corte privado y también público entre los que destacan:

- Banca Comercial
- Banca de Desarrollo
- Casas de Bolsa

- Sociedades de Inversión
- Aseguradoras
- Arrendadoras financieras
- Afianzadoras
- Almacenes Generales de Depósitos
- Uniones de Crédito
- Casas de Cambio
- Empresas de Factoraje

Así pues, es a grandes rasgos como se estructura nuestro sistema financiero, que por cierto a últimas fechas está siendo presa de la grave crisis del sistema financiero mundial, es el marco de éste sistema que se desarrollan las actividades fiduciarias de los bancos que a la vez crea su propio sistema de normas y órganos de ejecución de los fideicomisos, es decir el Sistema Fiduciario Mexicano.

3.2. Definición de Sistema Fiduciario Mexicano

Es importante comentar en este punto, no confundir a la denominación de Sistema Fiduciario Mexicano con el Sistema Monetario Fiduciario Mexicano, basado éste en el uso por confianza de papel moneda avalado por reservas en metales o divisas internacionales, y que constituye en pocas palabras el sistema monetario de México.

Así pues, para el fin de este trabajo de investigación, proponemos denominar Sistema Fiduciario Mexicano al conjunto de instituciones fiduciarias encargadas de la administración de fideicomisos legalmente constituidos conforme a la normatividad mexicana, y con los cuales muchas veces delincuentes atípicos o la delincuencia organizada trata de efectuar el delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita, comúnmente llamado lavado de dinero, dañando con ello también a nuestro sistema financiero.

3.3. Marco Jurídico

Ahora bien, en lo que respecta a este ilícito cometido a través de los sistemas financieros y fiduciarios, el Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 2º, nos refiere que le compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante tribunales, así mismo señala que dentro de la investigación de los delitos los requerimientos de información o documentos relativos al sistema financiero que formule el Procurador General de la República o el servidor público en quien se delegue esta facultad, o la autoridad judicial en su caso, se harán por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, así como de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, en sus respectivas competencias; los requerimientos de información o documentos de naturaleza fiscal, por conducto de la Unidad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que determine el titular de la misma, siendo este el camino a seguir, cuando se pretende realizar alguna investigación a cuentas bancarias o instrumentos financieros o patrimoniales en donde se presume que se utilizan para lavar dinero.

La información y documentos así obtenidos sólo podrán ser utilizados en la investigación y para efectos del proceso penal, debiéndose guardar la más estricta confidencialidad. Al servidor público que quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obran en la averiguación, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad penal y administrativa según corresponda.

Así mismo nuestro Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 194 enumera los delitos que se consideran graves, siendo uno de ellos el delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita, por su parte el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, establece los perfiles que deberán satisfacer los servidores públicos que conformen a la unidad

especializada, para asegurar un alto nivel profesional de acuerdo a las atribuciones que les confiere esta ley.

Siempre que en esta Ley se mencione al Ministerio Público de la Federación, se entenderá que se refiere a aquellos que pertenecen a la unidad especializada que esta establece. En caso necesario, el titular de esta unidad podrá solicitar la colaboración de otras dependencias de la Administración Pública Federal o de entidades federativas.

Este mismo reglamento señala que los requerimientos del Ministerio Público o de la autoridad judicial federal, de información o documentos relativos al sistema bancario y financiero, se harán por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, así como de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro la CONSAR, según corresponda, y los de naturaleza fiscal a través de la Secretaría de Hacienda.

Esta información, podrá ser utilizada exclusivamente en la investigación o en el proceso penal correspondiente, debiéndose guardar la más estricta confidencialidad, además a solicitud del Ministerio Público Federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podrá realizar auditorías a personas físicas o morales, cuando existan indicios suficientes que hagan presumir fundadamente que son miembros de la delincuencia organizada.

El Poder Judicial Federal ha emitido respecto del tipo penal en estudio, diversos criterios relacionados con el acreditamiento de elementos normativos exigidos en el tipo penal denominado actividad ilícita, sin embargo ya existen tesis de jurisprudencia, que establecen que para que se acredite la corporeidad del delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, previsto en el artículo 400 bis, del Código Penal Federal, no es imprescindible que se demuestre la existencia de un tipo penal diverso, porque de conformidad con el párrafo sexto del mismo artículo, basta que no se demuestre la legal procedencia de los recursos y que existan indicios fundados de la dudosa procedencia de los mismos para colegir la ilicitud de su origen.

Debido a la importancia del papel que juegan los funcionarios de las instituciones de crédito para el delito de lavado de dinero, ya que depende de estos que dichas actividades se lleven o no, ó la detección de las mismas para su reporte a las autoridades competentes, la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 115 hace referencia a las medidas y procedimientos que deberán implementar las instituciones de crédito para prevenir y detectar actos y operaciones que puedan ubicarse en los supuestos del artículo 400 bis del Código Penal Federal, es así como a grandes rasgos se conforma el marco jurídico que combate el lavado de dinero en nuestro sistema financiero, y del cual posteriormente ampliaremos su análisis.

3.4. Normas nacionales de regulación y prevención, para detectar operaciones relevantes

La economía y la sociedad actual han sido objeto de una profunda transformación, tan es así que se habla por parte de los teóricos que el mundo está viviendo la cuarta revolución industrial, caracterizada por la evolución en la electrónica, el avance tecnológico, desarrollo de la telecomunicaciones, la era del chip, y el manejo de millones de datos por computadora. Así la dinámica en los negocios internacionales, la celeridad de los servicios financieros, la rapidez y facilidad en transacciones de banca electrónica, fueron el medio legal para nuevas modalidades criminales, de innovadoras técnicas delictivas, muchas de las cuales tienen por finalidad el transferir fondos activos, aprovechando los medios electrónicos a su alcance, para encubrir el origen de los mismos, pues tienen fundamento en actividades ilegales asociadas al tráfico de drogas, de armas, de menores, de órganos humanos, terrorismo, secuestro, trata de blancas, contrabando y evasión de impuestos entre los más significativos.

En efecto las Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, como ya se ha mencionado, es una actividad ligada a la comisión de delitos graves, que afectan no sólo a un individuo determinado, a cierto sector de la sociedad, a determinado ámbito o grupo social, sino que vulneran los cimientos y valores sociales, lesionan

las diferentes capas del gobierno, afectando la estabilidad política y económica de las naciones. Si bien se desconoce con exactitud la cantidad de dinero que se lava anualmente, los expertos estiman que alrededor de 500,000 millones de dólares proviene del narcotráfico.

Este injusto penal se presenta sobre diversos bienes, como los inmuebles, compraventa de obras de arte, oro, pero sin duda es el sector financiero en donde se concentra la mayor actividad para tratar de colocar el dinero en la circulación legal por parte de las bandas criminales. Dicho sector proporciona gran variedad de servicios y mecanismos que son aprovechados para dicha tarea, como los cheques de caja, cheques de viajero, dinero virtual, fideicomisos y transferencias electrónicas de fondos. Sin embargo a medida que el imperio de los lavadores de dinero se acrecienta a lo largo de las fronteras, los países desarrollados, implementan medidas para combatirlos, lo que genera que las organizaciones criminales busquen otras jurisdicciones más favorables a sus operaciones, como nuestro país.

En México las leyes sobre la materia son incompletas, además que las técnicas de identificación no alcanzan los niveles internacionales. Los esfuerzos se han centrado en la publicación de la **Guía para Prevenir el Lavado de Dinero** en los bancos por parte de la Comisión Nacional Bancaria. Su propósito fue que los bancos cooperaran con el gobierno para abatir el problema, sin embargo constituyó sólo un instrumento de consulta para funcionarios y empleados del sector. Entre sus puntos buscaba el establecimiento de políticas y programas que cubrieran los siguientes aspectos básicos⁴⁵:

- Sistemas de control interno para evitar el lavado de dinero.
- Capacitación adecuada a personal bancario.
- Políticas efectivas de conocimiento de clientes.
- Identificación de las partes involucradas en transferencias de gran cuantía.

⁴⁵ ZAMORA SÁNCHEZ, Pedro, Manual Jurídico del Lavado de Dinero, Oxford University Press, México, 2000, págs. 67-68.

- Control en transacciones de divisas.
- Identificación de operaciones sospechosas.

A partir de ahí la legislación de la materia sufrió una serie de reformas iniciando con la del 17 de noviembre de 1995, que modificó diversas leyes entre las que destacan la Ley de Instituciones de Crédito, Ley del Mercado de Valores, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, Ley Federal de Finanzas. Posteriormente se realizaron reformas al entonces Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en Materia de Fuero Federal en mayo de 1996, destacando la adición del artículo 400 bis que tipifica las Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, y la consecuente derogación del artículo 115 bis del Código Fiscal de la Federación. Por lo que hace a este delito actualmente en el Distrito Federal se haya contenido en el artículo 250 del Código Penal del Distrito Federal.

Con el cúmulo de reformas efectuadas queda claro que la obligación de presentar los reportes de operaciones sospechosas entendiéndose por ellas las que son inusuales y de operaciones sospechosas entendiéndose por ellas las que son inusuales y de operaciones relevantes es decir cuando se manejan valores iguales o superiores a \$10,000 dólares por parte de las instituciones de crédito, casa de bolsa o fideicomisos, no implica transgresión a lo establecido en los artículos 117 y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito y el artículo 25 de la Ley del Mercado de Valores, los cuales regulan el secreto bancario, fiduciario y bursátil, respectivamente.

Acorde a ello, en la actualidad se ha conferido a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) una amplia participación en materia de prevención y detección de lavado de dinero. Siendo su objetivo primordial, procurar la estabilidad y el sano funcionamiento de las entidades financieras, mantener y fomentar el adecuado desarrollo del sistema financiero, ya través de esto la prevención y detección de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita. Como órgano

supervisor su labor se orienta a cooperar con las autoridades y apoyarlas en diversos aspectos entre los que se encuentran⁴⁶:

- Detección de operaciones sospechosas.
- Emisión de opiniones de delito a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para la presentación de la denuncia correspondiente al Ministerio Público Federal
- Recabar y aportar a las autoridades competentes los elementos de prueba que obren en poder de las entidades financieras, por la presunta comisión de delitos, inclusive el analizado.
- Fungir como órgano de enlace entre las autoridades competentes y las entidades financieras, a efecto de recopilar información y documentación de operaciones financieras sospechosas.
- Vigilar que las entidades financieras cumplan con la obligación de reportar operaciones sospechosas; se apliquen correctamente las normas de identificación del cliente y se observe una adecuada capacitación a su personal para la detección de dichas operaciones.

Es importante comentar, que el marco de normas para controlar el lavado de dinero en México, fue modernizado aunque no en suficiencia, a raíz de que en octubre de 1996, el gobierno de Estados Unidos inició una operación secreta a fin de detectar posibles operaciones de lavado de dinero, y en la que diversos bancos de Colombia, México y Venezuela resultaron involucrados. Esta operación denominada Casablanca utilizó agentes del gobierno americano del Departamento de Aduanas, quienes simulaban trabajar en una compañía para lavar dinero, a través de esta forma contactaron a instituciones y empleados financieros de México. Los agentes encubiertos que se hacían pasar por representantes de los Carteles de Drogas, lograron la asistencia de varias instituciones financieras para dichos fines. Los efectos de esta operación se tradujeron en arrestos de funcionarios y empleados bancarios, aseguramiento de 60.8 millones de dólares,

⁴⁶ ZAMORA SÁNCHEZ, Pedro, Manual Jurídico del Lavado de Dinero, págs. 73-75.

dos toneladas de cocaína, y cuatro de marihuana. Se iniciaron juicios penales y administrativos ante la Corte de Distrito de California contra varias instituciones financieras mexicanas, por los ilícitos de conspiración para lavar dinero, lavado de instrumentos monetarios, y por complicidad para que se realice un acto ilícito tipificado⁴⁷.

Las consecuencias de la Operación Casablanca son fácilmente palpables sobre todo en cuanto a la imagen que se proyectó de México a nivel internacional, de su sistema financiero y el cuestionamiento sobre las políticas adoptadas para evitar el lavado de dinero, y que en el contexto de la actual situación del combate al narcotráfico, no hacen más que afirmar que nuestro país es un paraíso para la realización de este tipo de operaciones por desgracia. Por lo tanto, el país debe continuar firme en su determinación de combatir el ilícito mencionado, cooperar dentro de los cauces legales y acuerdos firmados con otras naciones, a fin de realizar un supremo esfuerzo y erradicar el problema, siempre en base al respeto mutuo de los países y el orden jurídico internacional.

En relación a la experiencia que suscitó la operación indicada, el tema ha adquirido una vital importancia, integrándose como un asunto primordial para la agenda del Gobierno Federal, tan es así que el pasado Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006, hace alusión en el plano de la economía del país, a una serie de estrategias que permitan la consolidación y la buena marcha económica de la nación.

Este compromiso, ha sido asumido por lo menos en la forma política por parte de la presente administración (aunque en los hechos es cada vez más palpable la relación del Gobierno Federal con ciertos sectores de la mafia del narcotráfico), por lo que ha iniciado la construcción de un marco regulatorio y de supervisión que sea eficaz, para lograrlo es necesario entre otras acciones, impulsar la competitividad del sistema dotándolo de un marco normativo que fomente sanas

⁴⁷ Op.cit., págs. 83-96.

prácticas corporativas dentro de su ámbito, establecer medidas de alerta temprana para prevenir distorsiones futuras y llevar a cabo acciones encaminadas a contrarrestar el delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, fenómeno que distorsiona la actividad económica y corrompe nuestro marco legal.

En este esfuerzo se ha desarrollado mediante un trabajo interdisciplinario realizado por varias oficinas y dependencias como la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos contra la Salud (FEADS), la Subprocuraduría Jurídica y de Asuntos Internacionales, la Unidad Especializada contra el Lavado de Dinero, la Agencia Federal de Investigación ahora Policía Federal Ministerial, el Centro de Planeación para el Combate a las Drogas, la INTERPOL, y la justicia militar.

Por último, debe observarse como la más reciente de las Normas Jurídicas encaminadas al combate de la delincuencia organizada, la Ley Federal de Extinción de Dominio, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2009; la cual, como eje fundamental establece la pérdida de los derechos sobre todas aquellos bienes que sean instrumentos, objetos o **producto del delito**, fundamentalmente; al respecto los artículos 2 y 8 de la citada Ley, nos señalan concretamente, que bienes son sujetos de extinción de dominio, los cuales me permito citar:

“Artículo 2.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:

I. Bienes.- Todas las cosas materiales que no estén excluidas del comercio, ya sean muebles o inmuebles, y todo aquel derecho real o personal, sus objetos, frutos y productos, susceptibles de apropiación, que se encuentren en los supuestos señalados en el artículo 8 de esta Ley.

II. Cuerpo del delito.- Hecho ilícito a que se refiere el inciso a) de la fracción II del artículo 22 constitucional, en relación con el párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de

Procedimientos Penales. Para efectos de lo dispuesto por el artículo 8, fracción III, el cuerpo del delito deberá acreditarse en términos de lo establecido por el artículo 45, fracción III.

III. Juez.- Órgano jurisdiccional competente, y

IV. Ministerio Público.- Ministerio Público de la Federación.

Artículo 8.- La acción de extinción de dominio se ejercerá respecto de los bienes relacionados o vinculados con los delitos a que se refiere el artículo anterior, en cualquiera de los supuestos siguientes:

I. Aquéllos que sean instrumento, objeto o producto del delito;

II. Aquéllos que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito.

Se entenderá por ocultar, la acción de esconder, disimular o transformar bienes que son producto del delito y por mezcla de bienes, la suma o aplicación de dos o más bienes;

III. Aquéllos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad por cualquier medio o tampoco hizo algo para impedirlo. Será responsabilidad del Ministerio Público acreditarlo, lo que no podrá fundarse únicamente en la confesión del inculpado del delito;

IV. Aquéllos que estén intitulados a nombre de terceros y se acredite que los bienes son producto de la comisión de los delitos a que se refiere la fracción II del artículo 22 constitucional y el acusado por estos delitos se ostente o comporte como dueño.”⁴⁸

⁴⁸ Diario Oficial de la Federación, de fecha 29 de mayo de 2009, Primera Sección, Pag. 111

De los artículos antes transcritos, podemos observar como el esfuerzo permanente del legislador por dar un golpe efectivo al crimen organizado, entendido que limitar, eliminar y confiscar el producto del ilícito penal, es un comienzo para afectar la capacidad operativa y financiera de los activos del delito, es por ello que esta ley es una de las principales herramientas jurídicas de nueva creación que serán utilizadas para la persecución del delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita; sin embargo, en opinión de este tesista, dicha herramienta debe ser observada con mucha atención al momento de ser utilizada por los Órganos del Estado, toda vez que si bien, la misma le confiere al órgano de procuración de justicia del estado una facultad discrecional para iniciar un procedimiento jurisdiccional para extinguir derechos de los particulares sobre determinados bienes producto o instrumento del delito, la misma puede ser objeto de abuso por parte de los sujetos encargados de la procuración e impartición de justicia, hecho que como ha quedado marcado en la historia reciente, no está muy alejado de la realidad, sin embargo, al ser un nuevo instrumento y no existir aun precedentes significativos sobre esta acción, consideramos otorgarle el beneficio de la duda sobre su eficacia para contener e inhibir delitos, al peligrar la ganancia de los delincuentes, por la comisión de diversos ilícitos.

3.5. Normas Internacionales de regulación y prevención, para detectar operaciones relevantes

En el ámbito internacional el concepto de lavado de dinero se relaciona directamente con el narcotráfico, pues es la meta primordial de las naciones es combatirlo, relegando muchas veces la inclusión de otras actividades ilícitas igualmente nocivas y generadoras de importantes sumas de dinero. Lo que deriva en una concepción incompleta sobre el tópico, y un evidente desequilibrio entre las medidas adoptadas para hacerle frente.

Es importante destacar el gran esfuerzo realizado en el rubro de la cooperación internacional para combatir al lavado de dinero y aún cuando representa una intensa lucha, con tratados, convenciones y una serie de instrumentos que auxilian

en esta colosal tarea. Sin embargo con la vigencia del secreto bancario, se complica hasta el punto de instituirse en un obstáculo para lograr el intercambio de información y la aplicación de investigaciones sobre operaciones financieras sospechosas.

Así pues, tenemos que la primera gran iniciativa a nivel internacional respecto al combate del lavado de dinero fue la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1989 mediante el cual, los países firmantes del mismo se comprometieron a criminalizar el llamado lavado de dinero, sin embargo como comentamos al principio de este capítulo, en esta convención se cometió el error de sólo enfocar dicho delito por lo que hace al narcotráfico dejando de lado otros modos operando del mismo como pueden ser el uso de fideicomisos o transacciones de tipo patrimonial como veremos más adelante en este trabajo.

Es importante comentar que a partir de este esfuerzo, surgieron otra serie de convenciones y tratados internacionales que buscan combatir el lavado de dinero, entre las cuales las más importantes según nuestro punto de vista, esta la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) que intenta homogenizar las medidas contra el lavado de dinero pero ampliando su ámbito de aplicación a una mayor cantidad de delitos⁴⁹.

También en 1989 en París, Francia, se formó el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) con los siete países más ricos del mundo, éste es un grupo intergubernamental encargado de desarrollar políticas para combatir el lavado de dinero y el financiamiento por esta vía del terrorismo; en la actualidad cuenta ya con más de 50 países participantes entre miembros, observadores y grupos regionales estructurados para mejorar su funcionamiento.

⁴⁹ ANAYA, Jorge y et. al., "*Políticas contra el Lavado de Dinero aplicables a Instituciones de Crédito y Sociedades Financieras de Objeto Limitado*", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLI, núm. 121, enero-abril de 2008, IJ-UNAM, México, pág. 20-21.

Es pertinente comentar, que la mayor contribución del GAFI en la lucha contra el lavado de dinero, lo constituye las llamadas **Cuarenta Recomendaciones para Prevenir el Lavado del Dinero** (CRPLD), creadas en 1990 y posteriormente modificadas en 1996 para evitar el uso del sistema financiero mundial por parte de estos delincuentes.

“Las CRPLD y las Nueve Recomendaciones Especiales del GAFI han sido reconocidas por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial como los estándares internacionales para combatir el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo.

Las CRPLD proveen un marco regulatorio de políticas contra el lavado de activos, y su diseño es de aplicación universal. Cubren áreas de procuración y justicia penal, así como la regulación del sistema financiero con el fin de que éste no sea utilizado por los criminales; de igual forma promueve una mayor cooperación entre las naciones respecto al tema.

Las CRPLD constituyen simples estándares mínimos cuya adopción e implementación es sugerida tanto a miembros como a no miembros con el fin de combatir el lavado de activos desde un contexto global”⁵⁰.

Al respecto y por la importancia que tiene todas y cada una de estas recomendaciones, creo pertinente transcribirlas en su totalidad, haciendo unas pequeñas observaciones respecto de algunas de ellas.

⁵⁰ ANAYA, Jorge y et. al., “Políticas contra el Lavado de Dinero aplicables a Instituciones de Crédito y Sociedades Financieras de Objeto Limitado”, op.cit., pág. 22.

LAS CUARENTA RECOMENDACIONES DEL GAFI

1. Cada país debería tomar medidas inmediatas para ratificar y aplicar sin restricciones la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Convención de Viena).
2. Las leyes de confidencialidad de las instituciones financieras deberían ser concebidas de modo que no dificulten la aplicación de las Recomendaciones.

Al respecto, debe observarse que la Ley General de Instituciones de Crédito, si bien contempla el secreto bancario y fiduciario en su artículo 117, la misma establece los métodos y supuesto en que éste pueda ser revelado en pos de la lucha contra actividades ilícitas, estableciéndole facultades a los Órganos de Procuración e Impartición de Justicia del Estado Mexicano, para solicitar información que en principio es confidencial.

3. Un programa eficaz de lucha contra el blanqueo de capitales debería incluir una mejora de la cooperación multilateral y de la asistencia jurídica mutua en las investigaciones y los procesos en casos de blanqueo de capitales, así como en procedimientos de extradición, cuando sea posible.
4. Cada país debería tomar las medidas necesarias, entre ellas las legislativas, para poder tipificar como delito el blanqueo de capitales tal y como se prevé en la Convención de Viena. Cada país debería ampliar el delito de blanqueo de capitales procedente del tráfico de estupefacientes al blanqueo de capitales procedentes de delitos graves. Cada país determinaría qué delitos graves deben ser considerados como delitos subyacentes al blanqueo de capitales.

Al respecto debe establecerse que, esta recomendación esta recogida dentro del artículo 400 bis del Código Penal Federal, el cual contempla el delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita, o comúnmente llamado lavado de dinero o blanqueo de capitales.

5. De acuerdo con lo previsto en la Convención de Viena, el delito del blanqueo de capitales debería aplicarse al menos a las actividades intencionales de blanqueo, entendiendo que el elemento intencional podrá inferirse de circunstancias de hecho objetivas.
6. En la medida de lo posible, las empresas mismas, y no sólo sus empleados, deberían estar sujetas a responsabilidad penal.
7. Los países deberían adoptar, en caso necesario, medidas similares a las previstas en la Convención de Viena, entre ellas las legislativas, para que sus autoridades competentes puedan decomisar los bienes blanqueados, el producto de los mismos, los instrumentos utilizados, o que se pensaba utilizar, en la comisión de cualquier delito de blanqueo de capitales, o bienes de valor equivalente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Por lo que hace a esta recomendación debe observarse que la Ley de Federal de Extinción de Dominio, es el instrumento que recoge el espíritu limitante de esta recomendación, y el cual ha iniciado su vigencia hace unos pocos meses.

8. Estas medidas deberían permitir: (1) identificar, localizar y evaluar los bienes objeto de decomiso; (2) adoptar medidas provisionales, tales como el congelamiento y el embargo, para impedir cualquier comercialización, transferencia o disposición de dichos bienes, y (3) adoptar las medidas de investigación pertinentes.
9. Además del decomiso y de las sanciones penales, los países deberían contemplar también sanciones económicas y civiles, y/o

procedimientos judiciales, incluyendo los de tipo civil, con objeto de anular los contratos concluidos entre las partes, cuando éstas sabían o deberían haber sabido que el contrato dañaría la capacidad del Estado para conseguir reclamaciones económicas a través, por ejemplo, del decomiso o la imposición de multas y otras sanciones.

8. Las Recomendaciones 10 a 29 deberían aplicarse no solamente a los bancos, sino también a las instituciones financieras no bancarias. Aun en el caso de las instituciones financieras no bancarias que no están supervisadas en todos los países, por ejemplo, las oficinas de cambio, los gobiernos deberían asegurar que dichas instituciones estén sujetas a las mismas leyes y reglamentos contra el blanqueo de capitales que las demás instituciones financieras y que esas leyes y reglamentos se aplican eficazmente.
9. Las autoridades nacionales competentes deberían considerar aplicar las Recomendaciones 10 a 21 y 23 al ejercicio de actividades financieras por empresas o profesiones que no son instituciones financieras, cuando tal ejercicio está autorizado o no prohibido. Las actividades financieras comprenden, entre otras, las enumeradas en el anexo adjunto. Corresponde a cada país decidir si determinadas situaciones estarán excluidas de la aplicación de medidas contra el blanqueo de capitales, por ejemplo, cuando una actividad financiera se lleve a cabo ocasionalmente o de forma limitada.
10. Las instituciones financieras no deberían mantener cuentas anónimas o con nombres manifiestamente ficticios: deberían estar obligadas (por leyes, reglamentos, acuerdos con las autoridades de supervisión o acuerdos de autorregulación entre las instituciones financieras) a identificar, sobre la base de un documento oficial o de otro documento de identificación fiable, a sus clientes ocasionales o habituales, y a registrar esa identificación cuando entablen

relaciones de negocios o efectúen transacciones (en particular, la apertura de cuentas o libretas de ahorro, la realización de transacciones fiduciarias, el alquiler de cajas fuertes o la realización de transacciones de grandes cantidades de dinero en efectivo).

Con el fin de cumplir con los requisitos de identificación relativos a las personas jurídicas, las instituciones financieras, cuando sea necesario, deberían tomar las siguientes medidas:

- a. Comprobar la existencia y estructura jurídicas del cliente, obteniendo del mismo o de un registro público, o de ambos, alguna prueba de su constitución como sociedad, incluida la información relativa al nombre del cliente, su forma jurídica, su dirección, los directores y las disposiciones que regulan los poderes para obligar a la entidad.
- b. Comprobar que las personas que pretenden actuar en nombre del cliente están debidamente autorizadas, e identificar a dichas personas.

Al respecto, debe considerarse que estas recomendaciones son recogidas parcialmente por diversa disposiciones dictadas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, mismas que establecen una guía y referente obligado para las instituciones Integrantes del sistema Financiero Mexicano.

11. Las instituciones financieras deberían tomar medidas razonables para obtener información acerca de la verdadera identidad de las personas en cuyo nombre se abre una cuenta o se realiza una transacción, siempre que existan dudas de que esos clientes podrían no estar actuando en nombre propio; por ejemplo, en el caso de las empresas domiciliarias (es decir, instituciones, sociedades, fundaciones, fideicomisos, etc., que no se dedican a operaciones comerciales o industriales, o a cualquier otra forma de actividad comercial en el país donde está situado su domicilio social).

12. Las instituciones financieras deberían conservar, al menos durante cinco años, todos los documentos necesarios sobre las transacciones realizadas, tanto nacionales como internacionales, que les permitan cumplir rápidamente con las solicitudes de información de las autoridades competentes. Esos documentos deberían permitir reconstruir las diferentes transacciones (incluidas las cantidades y los tipos de moneda utilizados, en su caso) con el fin de proporcionar, si fuera necesario, las pruebas en caso de procesos por conductas delictivas.
13. Las instituciones financieras deberían conservar, al menos durante cinco años, registro de la identificación de sus clientes (por ejemplo, copia o registro de documentos oficiales de identificación como pasaportes, tarjetas de identidad, permisos de conducir o documentos similares), los expedientes de clientes y la correspondencia comercial, al menos durante cinco años después de haberse cerrado la cuenta.

Estos documentos deberían estar a disposición de las autoridades nacionales competentes, en el contexto de sus procedimientos y de sus investigaciones penales pertinentes.

Al respecto estas Recomendaciones se encuentran contenidas en el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito.

14. Los países deberían prestar especial atención a las amenazas de blanqueo de capitales inherentes a las nuevas tecnologías o tecnologías en desarrollo, que pudieran favorecer el anonimato y tomar medidas, en caso necesario, para impedir su uso en los sistemas de blanqueo de capitales.
14. Las instituciones financieras deberían prestar especial atención a todas las operaciones complejas, a las inusualmente grandes, y a

todas las modalidades no habituales de transacciones, que no tengan una causa económica o lícita aparente. En la medida de lo posible, deberían examinarse los antecedentes y fines de dichas transacciones; los resultados de ese examen deberían plasmarse por escrito y estar a disposición de los supervisores, de los auditores de cuentas y de las autoridades de prevención y represión.

15. Si las instituciones financieras sospechan que los fondos provienen de una actividad delictiva, deberían estar obligadas a informar rápidamente de sus sospechas a las autoridades competentes.
16. Las instituciones financieras, sus directores y empleados deberían estar protegidos por disposiciones legislativas de toda responsabilidad civil o penal, por violación de las normas de confidencialidad, impuestas por contrato o por disposiciones legislativas reglamentarias o administrativas, cuando comuniquen de buena fe sus sospechas a las autoridades competentes, aun cuando no sepan precisamente cuál es la actividad delictiva en cuestión, y aunque dicha actividad no hubiese ocurrido realmente.
17. Las instituciones financieras y sus empleados no deberían advertir a sus clientes o no debería autorizarse que les avisasen, cuando hayan puesto en conocimiento de las autoridades competentes informaciones relacionadas con ellos.
18. Las instituciones financieras que comuniquen sus sospechas deberían seguir las instrucciones de las autoridades competentes.
19. Las instituciones financieras deberían elaborar programas contra el blanqueo de capitales incluyendo, como mínimo, lo siguiente:
 - a. Procedimientos y controles internos comprendiendo el nombramiento de las personas responsables a nivel de dirección y los procedimientos adecuados de selección de

empleados para asegurar que ésta se realiza de acuerdo con criterios exigentes.

- b. Un programa continuo de formación de los empleados.
- c. Un sistema de control interno para verificar la eficacia del sistema.

Las instituciones financieras deberían asegurarse de que los principios mencionados anteriormente se aplican también a sus sucursales y filiales situadas en el extranjero, especialmente en los países donde estas Recomendaciones no se aplican o se hace de modo insuficiente, en la medida en que lo permitan las leyes y los reglamentos locales. Cuando dicho ordenamiento se oponga a la aplicación de esos principios, las instituciones financieras deberían informar a las autoridades competentes del país donde esté situada la institución matriz que no puede aplicar estas Recomendaciones.

Al respecto estas recomendaciones están contenidas en las disposiciones establecidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mismas que establecen obligación reportar ante el Sistema de Administración Tributaria (SAT) depósitos o transacciones sospechosas por montos mayores a los 1,000 dólares.

20. Las instituciones financieras deberían prestar especial atención a las relaciones de negocios y a las transacciones con personas físicas y jurídicas, incluidas las empresas e instituciones financieras residentes en países que no aplican estas Recomendaciones, o que lo hacen de forma insuficiente. Cuando estas transacciones no tengan una causa lícita o económica aparente, deberá examinarse su trasfondo y fines, en la medida de lo posible; los resultados de este examen deberían plasmarse por escrito y estar disponibles para

ayudar a los supervisores, a los auditores y a las autoridades de prevención y represión.

22. Los países deberían considerar la adopción de medidas viables para detectar o vigilar el transporte transfronterizo de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador, siempre que el uso de esa información se limite estrictamente y no se restrinja de ninguna manera la libertad de los movimientos de capital.
23. Los países deberían estudiar la viabilidad y utilidad de un sistema en el que los bancos y otras instituciones financieras e intermediarios declararían todas las transacciones de moneda nacionales e internacionales por encima de un determinado umbral, a un organismo central nacional que disponga de una base de datos informatizada a la que tengan acceso las autoridades competentes en materia de blanqueo de capitales, y cuya utilización esté estrictamente limitada.
24. Los países deberían promover de forma general el desarrollo de técnicas modernas y seguras de gestión de fondos, incluyendo un mayor uso de cheques, tarjetas de pago, abono automatizado de sueldos y anotación en cuenta de operaciones de valores, con objeto de estimular la sustitución de los pagos en efectivo.
25. Los países deberían prestar atención a las posibilidades de uso abusivo de las sociedades ficticias por los autores de operaciones de blanqueo y deberían considerar si hay que adoptar otras medidas para prevenir el uso ilícito de dichas entidades.
26. Las autoridades competentes supervisoras de bancos o de otras instituciones o intermediarios financieros, u otras autoridades competentes, deberían asegurarse de que las instituciones supervisadas tengan programas adecuados para evitar el blanqueo

de capitales. Esas autoridades deberían cooperar y aportar sus conocimientos específicos, bien de forma espontánea o bien previa solicitud, a otras autoridades nacionales judiciales o de detección y represión en las investigaciones y procesos relativos a blanqueo de capitales.

27. Deberían designarse las autoridades competentes para asegurar la aplicación eficaz de todas las Recomendaciones, a través de regulación y supervisión administrativa, a otras profesiones que manejen dinero en efectivo, en los términos definidos en cada país.

28. Las autoridades competentes deberían establecer directrices para ayudar a las instituciones financieras a detectar los modos de comportamiento sospechosos de sus clientes. Dichas directrices deberán evolucionar con el tiempo y no tendrán carácter exhaustivo. Además, dichas directrices se utilizarán principalmente, para formar al personal de las instituciones financieras.

Al respecto, esta serie de recomendaciones, fue establecida por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores al tratar de capacitar a todos y cada uno de los empleados que laboran en áreas de atención al cliente de las instituciones que integran el sistema financiero mexicano, mediante una serie de cursos de información, para que estos empleados pudieran reconocer y reportar actividades sospechosas por parte de sus clientes.

29. Las autoridades competentes que regulan o supervisan a las instituciones financieras deberían tomar las medidas legales o reglamentarias necesarias para evitar que delincuentes o sus cómplices tomen el control o adquieran participaciones significativas en las instituciones financieras.

30. Las administraciones nacionales deberían considerar registrar, al menos de forma conjunta, los flujos internacionales de dinero en

efectivo en cualquier tipo de moneda, de modo que, combinando esos datos con los de otras fuentes extranjeras y con las informaciones que poseen los Bancos centrales, puedan hacerse estimaciones de los flujos de dinero en efectivo entre las partes. Dicha información debería ponerse a disposición del Fondo Monetario Internacional y del Banco de Pagos Internacionales para facilitar los estudios internacionales.

31. Las autoridades internacionales competentes, tal vez Interpol y la Organización Aduanera Mundial, deberían estar facultadas para recopilar y divulgar, a las autoridades competentes, información acerca de la evolución reciente en materia y técnicas de blanqueo de capitales. Los bancos centrales y los reguladores bancarios podrían hacer lo mismo dentro del sector que les compete. Las autoridades nacionales de distintos sectores, con la participación de las asociaciones profesionales, podrían divulgar esa información entre las instituciones financieras en cada país.
32. Cada país debería esforzarse por mejorar el intercambio internacional, espontáneo o "previa solicitud", entre las autoridades competentes, de la información relativa a las transacciones, personas o empresas involucradas en transacciones sospechosas. Deberían establecerse estrictas garantías para asegurar que ese intercambio de información respete las disposiciones nacionales e internacionales sobre derecho a la intimidad y protección de datos.
33. Los países deberían tratar de asegurar, sobre una base bilateral o multilateral, que los diferentes criterios tomados en consideración en las definiciones nacionales respecto al conocimiento del acto cometido, es decir, los criterios diferentes sobre el elemento intencional de la infracción, no afecten la capacidad o disposición de los países para prestarse asistencia legal mutua.

34. La cooperación internacional debería estar apoyada en una red de convenios y acuerdos bilaterales y multilaterales basados en conceptos jurídicos comunes, con el objeto de ofrecer medidas prácticas que se apliquen a la asistencia mutua con la mayor amplitud posible.

Al respecto, esta recomendación está prevista en el artículo 117 bis, de la Ley Instituciones de Crédito, misma que señala la posibilidad de compartir información para evitar el blanqueo de capitales, siempre que exista un tratado o acuerdo en donde se establezca el principio de reciprocidad.

35. Debería alentarse a los países a ratificar y aplicar los convenios internacionales pertinentes sobre blanqueo de capitales, tales como la Convención del Consejo de Europa de 1990 sobre blanqueo de capitales, investigación, incautación y decomiso del producto de delitos.
36. Debería alentarse la cooperación en materia de investigaciones entre las autoridades competentes de los diversos países. En este sentido, una técnica válida y eficaz consiste en la entrega vigilada de bienes que se sabe o sospecha que son producto de un delito. Se alienta a los países a apoyar esta técnica, cuando sea posible.
37. Debería haber procedimientos para la asistencia mutua en cuestiones penales relativas al uso de medidas coercitivas, incluyendo la presentación de documentos por parte de las instituciones financieras y otras personas, el registro de personas y locales, el embargo y la obtención de pruebas para usarlas en las investigaciones y los enjuiciamientos de blanqueo de capitales, y en procedimientos conexos ante las jurisdicciones extranjeras.
38. Deberían poder adoptarse medidas rápidas como respuesta a la solicitud de otros países de identificación, congelación, incautación y

decomiso del producto u otros bienes de valor equivalente a dicho producto, basándose en el blanqueo de capitales o los delitos subyacentes de esa actividad. Asimismo, debería haber acuerdos para coordinar los procedimientos de incautación y decomiso de forma que se puedan compartir los bienes decomisados.

39. Para evitar conflictos de competencia, debería estudiarse la posibilidad de elaborar y aplicar mecanismos para determinar cuál sería, en interés de la justicia, la jurisdicción más adecuada para juzgar a los acusados en las causas que estén sujetas a enjuiciamiento en más de un país. Asimismo, deberían existir medidas para coordinar los procedimientos de incautación y decomiso, pudiendo incluir el reparto de los bienes decomisados.

40. Los países deberían disponer de procedimientos para extraditar, cuando sea posible, a los acusados de delitos de blanqueo de capitales o delitos conexos. Sin perjuicio de su ordenamiento jurídico, cada país debería tipificar el blanqueo de capitales como delito extraditable. Siempre que su ordenamiento jurídico lo permita, los países podrían considerar la simplificación de las extradiciones al permitir la transmisión directa de las solicitudes de extradición entre los ministerios afectados, extraditando a las personas en base solamente a órdenes de detención o sentencias, extraditando a sus nacionales y/o aplicando la extradición simplificada de personas que consientan en renunciar a los procedimientos oficiales de extradición.⁵¹

Con el propósito de combatir al lavado de dinero los gobiernos han intentado erradicar este mal a través de instrumentos internacionales como ya hemos comentado, otros de esos instrumentos son los llamados Principios de Basilea

⁵¹GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE SUDAMÉRICA. Grupo de Acción Financiera Sobre el Lavado de Activos. Argentina 2003, Pag. http://www.uif.gov.ar/documentos%20GAFI/40rec_es.pdf

resultado de la reunión del Grupo de los Diez (G-10) o Club de París, formado por los 11 miembros más ricos del Fondo Monetario Internacional, que proveen de fondos a países en vías de desarrollo. Su nombre de Grupo de los diez persiste a pesar que Suiza se unió en 1984 como el undécimo miembro, convocando a reuniones periódicas en Basilea, Suiza. El Comité elaboró estudios del tema, que derivaron en la adopción del Acuerdo para la Prevención del Uso Criminal del Sistema Bancario para el Propósito del Lavado de Dinero, conocido como Principios de Basilea, contemplando elementos básicos para el combate a dicho ilícito.

En 1994 se efectuó la reunión Cumbre de las Américas en donde jefes de Estado de 34 naciones del hemisferio occidental se reunieron para discutir temas sociales, políticos y económicos de la región. En ella se abordó el combate al problema de drogas ilícitas y crímenes relacionados, se buscó consenso para poner en práctica medidas contra el lavado de dinero y coordinar una respuesta hemisférica sobre el tema. La reglamentación internacional y el trato que se le da al ilícito por parte de organismos internacionales son amplios, las Naciones Unidas cuentan con la Comisión sobre Narcóticos y la Comisión para la Prevención del Crimen y la Justicia Criminal. La Organización de Estados Americanos por sus siglas OEA busca de manera general promover la paz y seguridad de la zona, así como el desarrollo económico y social, su labor respecto al fenómeno la realiza por medio de la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas. La INTERPOL es una instancia de enlace entre cientos de servicios centrales de policía en el orbe, la Secretaría General se ubica en Lyon, Francia y representa un moderno centro de información policíaca, cuenta con un grupo especializado FOPAC (Fondos Provenientes de Actividades Criminales) para atender asuntos relativos al lavado de dinero, confiscación de bienes de origen ilícito y técnicas de investigación financiera.

Por su parte, la Unión Europea ha tomado a través de la Directiva para la Prevención del Uso Financiero para el Lavado de Dinero del Consejo de Ministros

del ECOFIN (Economic and Financial Council), varias determinaciones a fin de reforzar esta importante lucha, entre las que destacan:

- Permitir la obtención de evidencias de operaciones financieras, mediante la identificación de clientes e implementación de registros tanto de personas como de documentos.
- Propone la no interferencia del secreto bancario en las investigaciones sobre lavado de dinero.
- Fomenta la cooperación entre instituciones financieras y autoridades competentes a través de informes de transacciones sospechosas.
- Promueve el establecimiento de procedimientos internos contra lavado de dinero y capacitación de personal en las instituciones financieras.

Un panorama del fenómeno en países de Europa indica una gran disparidad al respecto pues mientras en Gran Bretaña la legislación sobre el tema ha ido evolucionando a fin de lograr un sólido sistema financiero, además la legislación británica no interpone como obstáculo en las investigaciones de delitos financieros o lavado de dinero el secreto bancario. En Alemania se han emitido disposiciones para combatir el tráfico de drogas y el crimen organizado. En Suiza las acciones dispuestas para fortalecer el combate al lavado de dinero han sido infructuosas pues siguen imperando las normas sobre el secreto bancario.

El Caribe por su parte se distingue por su inclinación a preservar el secreto bancario y una deficiente legislación sobre la materia, ofreciendo exenciones fiscales e incentivos especiales a compañías extranjeras a pesar que existe una convención firmada por los países del área para combatir este delito.

Por otra parte, es importante hacer notar que a partir del año 2001, después de los ataques terroristas contra el World Trade Center en Nueva York, la comunidad internacional se ha visto obligada a incrementar sus esfuerzo contra el lavado de dinero sobre todo en lo que hace al utilizado para financiar el terrorismo internacional, así pues países como Estados Unidos han implementado la llamada

Ley Patriota que endurece el combate a este ilícito, sin embargo a pesar de estos cambios lo cierto es que la normatividad internacional sigue careciendo de una adecuada coordinación para evitar este ilícito que sigue permeado en esferas como la Constitución de Fideicomisos sin que los países hayan hecho mucho para combatirlo ya que a pesar de que contamos con un sistema financiero globalizado la política interior de muchos países sigue respondiendo a otros intereses ligados a la corrupción lo que ha evitado en la realidad un combate global al delito de lavado de dinero.

Así pues, como vemos el lavado de dinero representa un complejo mundo en el cual las normas establecidas para combatirlo han resultado insuficientes y que pone en predicación a los sistemas financieros del mundo, y más al mexicano donde figuras como el contrato de fideicomiso es utilizado para efectuar tal ilícito ante las deficiencias de nuestro marco legal, como veremos en el siguiente capítulo.

3.6 Acciones de las instituciones Fiduciarias para detectar operaciones sospechosas.

Creo necesario, para el correcto desarrollo de este punto, referirme al artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito, el cual se repite de manera casi textual en el resto de leyes que integran la legislación financiera mexicana; al respecto el citado artículo establece:

“Artículo 115.- En los casos previstos en los artículos 111 al 114 de esta ley, se procederá indistintamente a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien requerirá la opinión previa de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores o bien, a petición de la institución de crédito de que se trate, o de quien tenga interés jurídico.

Lo dispuesto en los artículos citados en este capítulo, no excluye la imposición de las sanciones que conforme a otras leyes fueren aplicables, por la comisión de otro u otros delitos.

Las instituciones de crédito, en términos de las disposiciones de carácter general que emita la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, escuchando la previa opinión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, estarán obligadas, en adición a cumplir con las demás obligaciones que les resulten aplicables, a:

I. Establecer medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos, omisiones u operaciones que pudieran favorecer, prestar ayuda, auxilio o cooperación de cualquier especie para la comisión de los delitos previstos en los artículos 139 o 148 bis del código penal federal o que pudieran ubicarse en los supuestos del artículo 400 bis del mismo código, y

II. Presentar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, reportes sobre:

A. Los actos, operaciones y servicios que realicen con sus clientes y usuarios, relativos a la fracción anterior, y

B. Todo acto, operación o servicio, que realicen los miembros del consejo de administración, directivos, funcionarios, empleados y apoderados, que pudiesen ubicarse en el supuesto previsto en la fracción i de este artículo o que, en su caso, pudiesen contravenir o vulnerar la adecuada aplicación de las disposiciones señaladas.

Los reportes a que se refiere la fracción II de este artículo, de conformidad con las disposiciones de carácter general previstas en el mismo, se elaborarán y presentarán tomando en consideración, cuando menos, las modalidades que al efecto estén referidas en dichas disposiciones; las características que deban reunir los actos, operaciones y servicios a que se refiere este artículo para ser reportados, teniendo en cuenta sus montos, frecuencia y naturaleza, los instrumentos monetarios y financieros con que se realicen, y las prácticas comerciales y bancarias que se observen en las plazas donde se efectúen; así como la periodicidad y los sistemas a través de los cuales habrá de transmitirse la información.

Asimismo, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en las citadas reglas generales emitirá los lineamientos sobre el procedimiento y criterios que las instituciones de crédito deberán observar respecto de:

- A. El adecuado conocimiento de sus clientes y usuarios, para lo cual aquellas deberán considerar los antecedentes, condiciones específicas, actividad económica o profesional y las plazas en que operen;
- B. La información y documentación que dichas instituciones deban recabar para la apertura de cuentas o celebración de contratos relativos a las operaciones y servicios que ellas presten y que acredite plenamente la identidad de sus clientes;
- C. La forma en que las mismas instituciones deberán resguardar y garantizar la seguridad de la información y documentación relativas a la identificación de sus clientes y usuarios o quienes lo hayan sido, así como la de aquellos

actos, operaciones y servicios reportados conforme al presente artículo, y

D. Los términos para proporcionar capacitación al interior de las instituciones sobre la materia objeto de este artículo. Las disposiciones de carácter general a que se refiere el presente artículo, señalarán los términos para su debido cumplimiento.

Las instituciones de crédito deberán conservar, por al menos diez años, la información y documentación a que se refiere el inciso c) del párrafo anterior, sin perjuicio de lo establecido en este u otros ordenamientos aplicables.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público estará facultada para requerir y recabar, por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, a las instituciones de crédito, quienes estarán obligadas a entregar información y documentación relacionada con los actos, operaciones y servicios a que se refiere este artículo. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público estará facultada para obtener información adicional de otras personas con el mismo fin y a proporcionar información a las autoridades competentes.

El cumplimiento de las obligaciones señaladas en este artículo no implicara trasgresión alguna a lo establecido en los artículos 117 y 118 de esta ley.

Las disposiciones de carácter general a que se refiere este artículo deberán ser observadas por las instituciones de crédito, así como por los miembros del consejo de administración, directivos, funcionarios, empleados y apoderados respectivos, por lo cual, tanto las entidades como las personas mencionadas serán responsables del estricto cumplimiento de

las obligaciones que mediante dichas disposiciones se establezcan.

La violación a las disposiciones a que se refiere este artículo será sancionada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores conforme al procedimiento previsto en el artículo 110 de la presente ley, con multa equivalente del 10% al 100% de la operación inusual no reportada, y en los demás casos con multa de hasta 100,000 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

Los servidores públicos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, las instituciones de crédito, sus miembros del consejo de administración, directivos, funcionarios, empleados y apoderados, deberán abstenerse de dar noticia de los reportes y demás documentación e información a que se refiere este artículo, a personas o autoridades distintas a las facultadas expresamente en los ordenamientos relativos para requerir, recibir o conservar tal documentación e información. La violación a estas obligaciones será sancionada en los términos de las leyes correspondientes.”⁵²

Debo señalar que las disposiciones a que hace referencia el artículo anterior fueron pioneras en su ramo, ya que fue el primer país donde se estableció una regulación uniforme para casi todos los integrantes del sistema financiero; dicha innovación consiste en vincular e incorporar a las casas de bolsa y de cambio dentro de las regulaciones tendientes a combatir el lavado de dinero.

Debo destacar que las disposiciones referidas en el presente trabajo, hacen referencia e incluyen los conceptos más avanzados en el ámbito internacional

⁵² Ley de Instituciones de Crédito. Editorial Porrúa, México 2009.

sobre prevención de lavado de dinero, al respecto, dichos conceptos han sido materializados por las instituciones de crédito, con la creación de Manuales Operativos, de organización y de Servicios Financieros, mismos que son del conocimiento de los empleados.

Entre los principales conceptos encontramos los siguientes:

- **COMITÉ DE COMUNICACIÓN Y CONTROL**

Dicho comité está conformado, por Gerentes o Personal de Supervisión encargado de valorar, analizar y resolver todos y cada uno de los reportes que realicen los empleados de las instituciones financieras.

- **CONOCIMIENTO DEL CLIENTE O KYC (Know your Client)**

El KYC (Know your Client) es un elemento esencial para la realización de reportes, toda vez que es una especie de bitácora, en donde se establecen los datos principales del cliente, tipos y frecuencia de operaciones, así como los montos de las mismas. Dicho elemento permite determinar un perfil del cliente así como de sus actividades, dando como resultado un estudio que permite analizar su comportamiento financiero y en caso de realizar operaciones que no vayan acorde con su desempeño y desarrollo financiero, las mismas sean reportadas al comité de comunicación y control, y en su caso la autoridad competente.

- **REPORTE DE OPERACIONES RELEVANTES**

Acorde a lo establecido en el KYC (Know your Client), los empleados de instituciones financieras, están obligados a reportar transacciones superiores a los US\$1,000 dls. Por tal motivo, dichas operaciones en caso de no ser realizadas por un cliente que maneje volúmenes similares y constantes de capital similar, serán reportadas al comité de comunicación y control a efecto de que se valore su perfil, se solicite información al cliente

que justifique esa operación, y en su caso se haga el reporte pertinente a la autoridad competente.

- **REPORTE DE OPERACIONES INUSUALES**

Es el reporte que se hace por parte de los empleados de las instituciones financieras, el cual no se limita solo a las transacciones superiores a los US\$1,000 dls. Sino que, también pueden ser sujeto de este reporte, transacciones y pagos a bancos en paraísos fiscales o depósitos recibidos de tales lugares.

- **REPORTE DE OPERACIONES PREOCUPANTE**

Es aquel reporte, que elaboran los empleados de las instituciones financieras, el cual establece operaciones que tengan algún nivel de sospecha fundado, que provengan de algún delito, el cual se le deberá dar celeridad y remitirlo a la brevedad posible a la autoridad competente.

- **CONTRALOR NORMATIVO**

Es aquella figura que se encargará no solo de sentar las bases sobre las cuales se desarrollará la vigilancia en las actividades financieras de empleados y clientes, sino que también, será el encargado de actualizar los manuales de organización con las normas y disposiciones emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, así como instruir a los empleados para el mejor manejo y comprensión de dichas normas.

CAPÍTULO VI

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO COMO MEDIO COMISIVO DEL DELITO DE OPERACIÓN CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA.

4.1 Medios comisivos en el delito de operación con recursos de procedencia ilícita.

El Código Penal Federal, en su artículo 400 bis, señala las conductas a través de las cuales, el sujeto activo del delito, puede realizar el hecho típico descrito en el citado cuerpo normativo. En este orden de ideas, es necesario precisar que el presente trabajo tiene como función principal hablar del Contrato de Fideicomiso como “Medio Comisivo” en el delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita, sin embargo, no podría darse un buen entendimiento de este delito, si no se señalan algunos de los más comunes medios comisivos en el injusto penal en estudio.

En efecto, como lo mencioné anteriormente, el artículo 400 bis del Código Penal Federal, a su letra establece:

*“Artículo 400-bis. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa **al que por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con alguno de los siguientes propósitos: ocultar o pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes, o alentar alguna actividad ilícita.**”⁵³*

⁵³ Código Penal Federal. Editorial Porrúa, México 2009.

A fin de obtener una mejor comprensión del delito de operación con recursos de procedencia ilícita, brevemente describiré algunas de las formas más comunes de lavado de dinero utilizado por el crimen organizado, para tratar de legitimar las ganancias provenientes de diversos delitos.

- A) Estructura de Smurfs o Camellos.- Se utilizan ayudantes anónimos para dividir una transacción financiera en partes pequeñas, con la finalidad de no llamar la atención, evitando el que una entidad financiera al momento de introducirlo al sistema financiero, reporte una operación sospechosa. Las acciones más comunes son: la compra de cheques de caja en bancos, por cantidades inferiores al equivalente a los diez mil dólares americanos, límite por encima del cual es obligatorio reportar las transacciones realizadas en una operación, una vez reunidos los títulos de crédito, se depositan en cuentas en bancos extranjeros. Otro método similar, es adquisición en efectivo, de cheques de viajero o divisas, cuya venta da lugar a la expedición de un título bancario de apariencia legal. Es decir, las operaciones en efectivo se estructuran mediante depósitos, adquisiciones de instrumentos monetarios, cambio de moneda de baja denominación por otros de mayor denominación, etc.
- B) Contrabando de Divisas o dinero transfronterizo.- el contrabando de dinero y de valores monetarios fuera del país a través de varios medios de transporte, no es fácil de detectar. Los medios de transporte son: empresas internacionales de mensajería, líneas aéreas comerciales o privadas, tanto de pasajeros como de carga, envío de mercancías en donde se oculta el dinero, por tren, barco, automotores, etc.
- C) Importaciones y exportaciones.- El uso de facturas falsas y la alteración del valor de las mercancías en documentos aduaneros, por empresas dedicadas a importar o exportar mercancías, es un medio común de integrar ganancias derivadas del lavado de dinero. Este esquema involucra la subvaloración y la sobrevaloración de mercancías, para justificar los fondos recibidos del exterior, mismos que después se depositan en el sistema financiero. La

técnica también presupone el control de varias empresas de diversos países. Una empresa en la que están invertidos los recursos ilícitos, compran a otra empresa, a precios sobrevaluados, bienes o servicios, lo que le permite sacar del país de origen un excedente de fondos.

D) Empresas fantasmas y simulación de préstamos (Back loan).- A través del uso de empresas fantasmas, otra empresa constituida por la delincuencia, puede prestarse ganancias provenientes de sus propias actividades ilícitas, aparentando una operación legítima. La empresa puede auto pagarse intereses sobre el préstamo y al mismo tiempo deducirlos para efectos fiscales, como un gasto indispensable del negocio.

Los delincuentes comienzan por transferir sus ingresos en efectivo a cuentas bancarias abiertas a nombre de empresas fantasma en bancos *offshore*. A continuación, los fondos se giran a otras cuentas a nombre de otras empresas fantasma en países o territorios no cooperantes, con escasa o nula regulación anti-lavado y ausencia de controles. Por último, los delincuentes obtienen préstamos completamente oficiales, proponiendo como fianza los depósitos de los fondos ilícitos (gracias a una pignoración de los certificados de depósito). Con esos préstamos legales, los delincuentes obtienen bienes muebles, inmuebles, derechos, etc.

Para una mayor comprensión, podemos definir el *offshore* como la provisión de servicios financieros por bancos y otros agentes a no residentes. Estos servicios incluyen el tomar dinero prestado a no residentes y a su vez prestarlo a no residentes. Son sistemas financieros con obligaciones y activos externos fuera de proporción e intermediación financiera doméstica diseñada para financiar economías domésticas; y centros que proveen algunos o todos los siguientes servicios: impuestos bajos o nulos; moderada o liviana regulación financiera; secrecía bancaria y anonimato

F) Casinos y establecimientos de apuestas

Estos negocios representan una verdadera amenaza al constituirse en amplias carreteras para los lavadores de dinero, a pesar de que apostar es una industria legal. Las apuestas son un negocio de uso continuo e intenso de dinero en efectivo, que ofrecen ingresos sin dejar huella.

Los casinos en especial, ofrecen un rango lleno de operaciones financieras, por ejemplo, aperturas de créditos, depósitos en cajas de seguridad, expedición de cheques y transmisión de fondos.

Los ingresos de origen delictivo se cambian por fichas de juego en los grandes casinos y después de determinado tiempo, se convierten en cheques o en dinero en efectivo dándoles una apariencia de legalidad.

G) Banca cibernética

Las tecnologías de la mano de las computadoras y el internet, han revolucionado nuestro mundo. La mayoría de las actividades humanas se han transformado así como la forma en que operan. La informática se ha convertido en una de las herramientas más útiles y necesarias, creadas por el ser humano, pero el avance ha sido acompañado de sujetos (usuarios) que lo utilizan para la comisión de ilícitos.

Los avances tecnológicos, de los servicios financieros han venido a sustituir y reemplazar el dinero en efectivo por el plástico en un primer momento y ahora por el virtual.

En un inicio, la primer gran revolución fue a cargo de los cajeros automáticos, para venir después las transacciones telefónicas y el acceso mediante computadoras personales en algunos servicios de banca, actualmente se ha incrementado la utilización de la llamada banca electrónica o banca cibernética, a través de la cual se realizan operaciones financieras utilizando básicamente el

internet,⁵⁴ sus potenciales no han llegado al límite, por lo que es una manera muy eficaz y atractiva para los sujetos que se dedican al lavado de dinero, ya que la operación de dichos sistemas, les permite mantener anónimos.

Las transacciones que se realizan a través de este medio, se hacen de manera instantánea y las mismas no establecen fronteras, por lo que el dinero que es producto de actividades ilícitas, llega a los países que carecen o mantienen una escasa regulación que impida el lavado de dinero.

El uso de dicha tecnología, ha venido dificultando a las autoridades tanto nacionales como internacionales, detectar y dar seguimiento a las operaciones bajo sospecha, de actividades ilícitas, ya que dichas operaciones de lavado de dinero a través de medios electrónicos, se realizan mediante el uso de tarjetas inteligentes y el internet.

La implementación de las tarjetas inteligentes surge como consecuencia de los grandes fraudes llevados a cabo en los últimos años con las tarjetas de crédito y débito, por lo que se encontró la solución con el uso de chips, y billeteros electrónicos, lo cual ha venido reduciendo este tipo de fraude a nivel internacional.

Otra de las innovaciones tecnológicas de nuestros días es el touch signature, que son almohadillas para tomar huellas dactilares como factor de identificación, así como el e-@cción, diseñado especialmente para los bancos, casas de bolsa y aseguradoras, ya que este sistema facilita las actividades del comercio electrónico en donde podemos señalar primordialmente el negocio de empresa a empresa y el negocio de empresa a consumidor, el tiempo de transacción de crédito o débito

⁵⁴ ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. El uso de internet en el Derecho. Editorial Oxford, México, 2001, Pag. 4.

tarda 10 segundos aproximadamente y 4 segundos la transacción de monedero electrónico.⁵⁵

Además hace transacciones, entre personas sin que sea necesario que los bancos o terceras personas tengan conocimiento de ellas, pues permite al titular, realizar transferencia de fondos de tarjeta a tarjeta, a través de la tarjeta se realizan transacciones rápidas y no requieren que el titular espere la autorización o se identifique entre otras operaciones.

Todo lo anterior, debe ser tomado en cuenta no sólo como un beneficio para los usuarios de Instituciones Bancarias a nivel mundial, en el cual se facilita y se ahorra tiempo al cliente, sino también, como un campo fértil para el lavado de dinero, producto de actividades ilícitas; lo anterior, en virtud de que es cada vez mas impersonal la prestación del servicio, ya que al momento de aperturar una cuenta, el usuario tiene contacto directo con la institución una sola vez, permitiendo que el resto de las operaciones sean hechas desde una PC, lo que impide corroborar la identidad del usuario, la frecuencia de las operaciones y con ello, facilitar el préstamo de identidad (utilización de prestanombres) con la finalidad de Blanquear los capitales producto de actividades ilícitas.

Las organizaciones criminales, tienen la posibilidad de crear redes financieras cibernéticas a nivel internacional, que brindarán la posibilidad de una total protección consistente en el anonimato, el incremento de operaciones de blanqueo de capitales, y de diversas conductas criminales que originan recursos de procedencia ilícita, esto atendiendo a que a través del internet se ofrecen servicios bancarios offshore sin costo o con cargos mínimos.

⁵⁵ TÉLLEZ VALDÉS, Julio, Derecho Informático, Mc GrawHill Interamericana, Tercera Ed. México, 2004, Pag. 7.

4.2 Requisitos de procedibilidad

El ilícito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita se persigue de oficio, con excepción de los casos en los cuales se utilicen servicios de Instituciones que integran el sistema financiero, para proceder penalmente se requiere que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, realice previamente su denuncia.

La persecución del ilícito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita, cuando se hace uso de los servicios de Instituciones que integran el sistema financiero, es especial, ya que de la exposición de motivos se advierte que el Ministerio Público de la Federación puede proceder a la investigación de los hechos que puedan ser constitutivos de tal delito, pero para realizar la consignación de tales hechos, deberá de contar previamente con la denuncia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

El párrafo IV, del artículo 400 bis del Código Penal Federal, establece que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público debe efectuar la denuncia a que se refiere dicho numeral, ya que sin ese requisito, el Ministerio Público de la Federación no puede realizar de oficio su investigación; pero según la exposición de motivos, la investigación de los hechos delictivos por el Ministerio Público de la Federación puede verificarse aun sin contar con ella; contrariando de esta manera el contenido de los artículos 113 y 114 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En efecto el Ministerio Público de la Federación, está obligado a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tenga noticia, pero ninguna averiguación previa puede iniciarse de oficio, cuando se trate de ilícitos en lo que solamente se pueda proceder por querrela necesaria si esta no se ha presentado o cuando la ley exija algún requisito previo; siendo necesaria la querrela en los casos en los que así lo determine el Código Penal Federal u otra ley.

De acuerdo con tales preceptos no procedería que el Ministerio Público de la Federación realizara la investigación cuando se tratara de hechos probablemente constitutivos de delito, en donde intervinieran Instituciones que forman parte del

sistema financiero; sin embargo de conformidad con el artículo 400 bis del Código Penal Federal, interpretando de manera lógica y según la *Ratio Legis*, sí puede el Ministerio Público de la Federación investigar tales hechos, pero para consignarlos ante la Autoridad Jurisdiccional, debe contar con la denuncia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

4.3 Conductas que utilizan el fideicomiso como medio comisivo, del delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita

Por razones de método, las operaciones posiblemente inusuales relacionadas con el lavado de dinero, se clasifican en función de su naturaleza pasiva, activa o de servicios. Las operaciones que a continuación se relacionan no son en sí mismas inusuales, porque requieren, independientemente de su cuantía, la aplicación de los principios fundamentales relativos al “conocimiento del cliente” y a la “inconsistencia”, para que sean calificadas como inusuales. Además estas operaciones se presentan a manera de ejemplos que pueden llamar la atención del personal que participe en las mismas y que, con base en la información a su alcance deba calificarlas de inusuales, después de haberles aplicado criterios cualitativos, siendo siempre consientes que el lavado de dinero puede utilizar cualquier operación, para lograr su objetivo.

Operaciones pasivas

Mediante estas operaciones las instituciones captan recursos del público, quedando comprendidas entre estas operaciones los depósitos bancarios de dinero a la vista, retirables en días preestablecidos, ahorro y a plazo previo aviso, los préstamos documentados en pagarés con rendimientos liquidables al vencimiento, así como la emisión de bonos y obligaciones subordinadas, así tenemos que las operaciones inusuales en esta clasificación pueden ser entre otras:

- Cuando se detecten cuentas en las cuales los depósitos y retiros se realizan fundamentalmente en efectivo y no en documentos.

- Cuando se detecten cuentas con un gran volumen de depósitos en cheques de caja, órdenes de pago y transferencias electrónicas.
- Cuando se detectan cuentas que, en el mismo día, reciben varios depósitos realizados en diferentes sucursales.
- Cuando se detecten cuentas que reciben y envían transferencias electrónicas con frecuencia, especialmente de los países considerados jurisdicciones de baja imposición fiscal (paraísos fiscales).

Operaciones activas

A través de estas operaciones las instituciones canalizan los recursos captados, quedando comprendidas en estas operaciones los préstamos, créditos, descuentos, depósitos en instituciones de crédito o entidades financieras del exterior, tarjetas de crédito, así como la adquisición de obligaciones por cuenta de terceros, con base en créditos concedidos a través del otorgamiento de avales, cartas de crédito y aceptaciones.

Operaciones de servicios y otras

Dentro de este apartado quedan comprendidos los fideicomisos, mandatos, comisiones, caja de seguridad transferencias, órdenes de pago, giros bancarios, cheques de caja, operaciones con valores, oro, plata, divisas, expedición de cartas de crédito previa recepción de su importe y depósitos de títulos en administración, entre las operaciones inusuales que se pueden dar en esta clasificación tenemos:

- Cuando se detecten clientes que compran cheques de caja, órdenes de pago, cheques de viajero y otros instrumentos similares, con grandes sumas de dinero en efectivo o con gran frecuencia, sin que exista razón aparente para ello.
- Cuando se detecten cambios repentinos, inconsistencias o patrones estructurados en operaciones en divisas.
- Cuando se detecte una afectación fiduciaria de bienes inmuebles (grandes extensiones de terreno), designándose como fideicomisario a persona física

o moral extranjera no identificada plenamente, generando el fiduciario carta de bloqueo de tales bienes, con el objeto de obtener créditos de otras instituciones financieras.

- Cuando se detecte una aportación en fideicomiso con disposición testamentaria de cantidades en moneda extranjera, principalmente dólares, sin que se logre determinar con precisión, por parte del cliente, el origen y ruta de los recursos.
- Cuando se detecte el otorgamiento de garantías fiduciarias por créditos sobre los cuales no se cuenta con evidencia de su existencia, en proporción de los valores de los bienes fideicometidos.
- Cuando se detecte la constitución de fideicomisos para garantizar supuestos créditos de instituciones financieras del exterior, cuando en realidad el crédito se otorga con cargo a una cuenta de un cliente de dichas instituciones no identificado plenamente.
- Cuando se detecten la utilización del fideicomiso como mecanismo para la entrada al país de grandes cantidades de recursos, sin un determinado fin destinos de los mismos.
- Cuando se detecten clientes interesados en construir fideicomisos en instituciones de cobertura internacional, como requisito fundamental para la recepción de recursos, argumentando al cliente que sus socios sólo aceptarían dicho tipo de instituciones para la entrega de los recursos, solicitando cartas de aceptación por parte del fiduciario del fideicomiso propuesto.

Transacciones de bienes raíces

Existe un gran número de operaciones de negocios de bienes raíces (Inmobiliarias), que pueden ser utilizados para integrar el dinero ilícito a la economía ilícita. Una empresa puede adquirir propiedades utilizando ganancias ilícitas, la propiedad puede entonces venderse y las ganancias considerarse legítimas, ya que se obtuvieron mediante la venta de la propiedad.

Se puede señalar un precio menor a la propiedad y que el mismo se cubrirá en parcialidades, sin embargo, pagarlo al contado, garantizando una utilidad cuando la propiedad sea revendida al valor real del mercado. Tras haber invertido el dinero, un operador compra una propiedad a un precio inferior a su valor real, entregando el complemento de mano a mano, luego la revende a su verdadero valor; con lo que el delincuente puede aducir recursos superiores gracias a una plusvalía ficticia. Con frecuencia, por una serie de operaciones, la inflación de precios puede estabilizarse, lo que permite y facilita al último vendedor, demostrar el origen lícito de sus ganancias.

Dentro de este supuesto, podemos encontrar nuestro medio comisivo a estudio, “El contrato de fideicomiso traslativo de dominio” el cual puede ser utilizado de diversas maneras para blanquear capitales.

Debo aclarar que para la elaboración del presente trabajo, me basé fundamentalmente en la experiencia personal que pude obtener al trabajar en el área de fideicomisos del Banco HSBC S.A.; dentro de dicha área pude darme cuenta de la escasa regulación y de las diversas conductas que llevan a cabo los fideicomisarios fundamentalmente, quienes como ya lo he mencionado en capítulos anteriores, son aquellos que reciben los beneficios de la administración del fideicomiso, según el supuesto.

Una de las características del contrato de fideicomiso, es la elusión que se puede obtener a diversas disposiciones jurídicas; entre ellas están las que impiden a ciertas personas adquirir bienes inmuebles en las playas mexicanas (extranjeros), dicha prohibición impide a extranjeros adquirir bienes inmuebles que se encuentren dentro de los primeros 100 km a lo largo de las fronteras y 50 km adyacentes a las costas mexicanas, acorde a lo establecido por el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin embargo, en virtud del contrato de fideicomiso, un ciudadano mexicano, titular de un derecho real

(propiedad) sobre un inmueble, puede transmitir dicho derecho a una institución fiduciaria, la cual sin lugar a dudas será una persona moral con nacionalidad mexicana, misma que no tendrá impedimento para que se le transmita el derecho de propiedad sobre el inmueble en comento, y este a su vez permita el uso y goce de tal derecho a un extranjero, llegando al extremo de que si así lo estipula el contrato de fideicomiso, la institución fiduciaria pueda transmitir la propiedad a quien indique el fideicomisario (extranjero), y ordenarle entregar el producto de la venta a un tercero o a él mismo, evidenciando con ello que el extranjero, esta detentando fácticamente el dominio sobre el inmueble.

4.4 Colocación, Transformación e Integración como fases de lavado de dinero

El proceso de lavado de dinero, puede constar de tres etapas, sin embargo esto no puede considerarse como una regla general, ya que los sujetos activos del delito, pueden hacer uso de una o dos de ellas únicamente.

El proceso de blanqueo de capitales, es sin duda un aspecto metodológico, el cual requiere de una serie de intervenciones de sujetos con conocimientos de administración, jurídicos, contables, bancarios, etc., ya que no es posible contar con una cantidad considerable de dinero producto de actos ilícitos, y convertirlos en dinero con apariencia lícita de manera instantánea, el proceso tiene un objetivo principal, que es el de legalizar los capitales ilícitos y que responde a un sólo principio darle una apariencia legal, al producto monetario, proveniente de actividades ilícitas.

Independientemente del grado de complejidad del proceso, este último es desarrollado siguiendo fundamentalmente las siguientes etapas:

COLOCACIÓN

También llamado introducción o prelavado, consiste en deshacerse materialmente de importantes cantidades de dinero en efectivo ya sea por medio de los establecimientos financieros, o de la economía al detalle, mediante transferencias de divisas al extranjero; es la fase donde las ganancias procedentes de actividades criminales ingresan al flujo del comercio lícito, ya que los delincuentes fraccionan los montos del capital en cantidades pequeñas y buscan zonas o localidades distintas de aquellas en donde se recauda, para colocar el dinero en “establecimientos financieros tradicionales (bancos, cajas de ahorro...) o bien, en establecimientos financieros no tradicionales (casas de cambio, casinos, servicios postales...) o bien, en otros tipos de negocios de muy variada condición, (hoteles restaurantes, bares, etc).”⁵⁶

La fase de colocación, permite cambiar la apariencia sospechosa de los recursos al transformar cantidades voluminosas de efectivo en valores menos sospechados y así obtener importantes activos que posteriormente serán usados para realizar actividades criminales, la cual consiste en el ingreso físico, depósito o transferencia de recursos de procedencia ilícita a legítimos depositarios como el banco, o invirtiéndolos, entre otros, en valores y bienes raíces. La forma más común, consiste en introducir los fondos en los sistemas financieros, de países con nula o escasa legislación anti-lavado y ausencias de controles.

TRANSFORMACIÓN

También conocida como ensombrecimiento, distribución, o estratificación, esto es separación de las ganancias ilícitas de su fuente, eliminando la marca ilegal del producto ilícito, utilizando generalmente tres técnicas:

⁵⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, El delito de Blanqueo de capitales, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000, Pag. 21

La primera consiste en mezclar el dinero sucio con el limpio, lo que frecuentemente se hace simplemente integrando las ganancias ilícitas con ganancias legales;

La segunda consiste en transformar la apariencia del producto ilícito, introduciéndolo en cualquier negocio legítimo, lo que hace difícil diferenciar el dinero sucio de las ganancias o pérdidas que legalmente se generen;

La tercera, consiste en ocultar la propiedad real del producto ilícito.

Si la colocación del dinero resulta exitosa, es decir no es descubierta, las actividades de los sujetos dedicados al blanqueo de capitales, será más difícil de descubrir, por la red o sedimentos de operaciones utilizadas en serie y paralelas, para que se dificulte o se haga imposible reconstruir el proceso y dar seguimiento a las ganancias ilícitas.

INTEGRACIÓN

También conocida como recolección, consiste en la introducción de la riqueza de origen ilícito, a los círculos económicos y financieros lícitos, sin despertar sospechas, otorgándole en consecuencia una apariencia de legalidad.

Una vez que el proceso de colocación ha sido concluido, el lavador de capitales, requiere elaborar una explicación que sea legal del origen de su riqueza.

Los esquemas de integración colocan las ganancias lavadas dentro de la economía legal, como inversiones normales, préstamos o el producto de una actividad comercial. Si las ganancias ilícitas pudieron ser detectadas, durante las dos etapas anteriores, las mismas podrán ser identificadas en la fase de integración, de no ser así, será muy difícil, distinguir las ganancias ilegales de las legales.

Las organizaciones criminales, tiene la capacidad de utilizar complejos esquemas para lavar el dinero a fin de proteger sus activos, tienen la posibilidad de elegir los métodos para lavar el producto de sus actividades ilícitas, atendiendo a los ambientes en donde se desarrollan y operan, situación que les brinda grandes oportunidades para ubicarlo, transformarlo e integrarlo a la economía legal, por ello se considera que las técnicas a utilizar para integrar el dinero ilícito, sólo están limitadas por la imaginación.

4.5 El Contrato como medio comisivo del delito.

Toda vez que el objeto del acto constitutivo del fideicomiso es la transmisión a una institución fiduciaria de la propiedad o titularidad de uno o más bienes o derechos y los mismos se destinan a un fin determinado, y sólo podrán ejercitarse respecto a ellos, los derechos y acciones que al mencionado fin se refieran.

Ahora bien, para la constitución del Fideicomiso, el consentimiento de las partes de la relación fiduciaria debe constar por escrito, es por ello que se realiza por medio de una actividad positiva como es la firma de un contrato.

Sin embargo, el hecho de que se sigan las formalidades establecidas por la ley, no asegura que el fin o motivo por el cual se celebre el citado contrato, no sea contrario a la ley, toda vez, puede existir el acto jurídico, pero padecer de algún vicio, como el ser ilícito, en cuyo caso el acto tiene una existencia imperfecta que denominamos nulidad por padecer de alguno de los vicios en su formación.

Partiendo de la idea pues, de que los actos jurídicos pueden estar afectados de nulidad, por que el motivo y fin de los mismos es ilícito, pero que tales actos surtirán sus efectos, toda vez que son el medio para la comisión de un ilícito, en este aspecto, debemos entender que el Contrato de Fideicomiso Traslato de Dominio, puede ser utilizado como medio comisivo en el delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita.

Lo anterior se da, en virtud de ser dicho contrato una herramienta, que si bien facilita que se puedan celebrar ciertos actos que de otra manera resultarían imposibles, también lo es, que impide a las autoridades de procuración de justicia, a la autoridad encargada de la investigación de los delitos, así como a la autoridad judicial, el vincular al autor del delito con el producto y administración de los recursos que se obtuvieron del injusto penal.

En concreto, las Organizaciones Delictivas ha comenzado a utilizar diversas herramientas con la finalidad de incorporar al sistema financiero, los recursos que previenen de las actividades delictivas, en particular, utilizan el Contrato de Fideicomiso Traslato de Dominio, con la finalidad de adquirir bienes inmuebles de gran importancia, y que los mismos no sean rastreados por la Autoridad investigadora, toda vez que la titularidad de dichos bienes corresponde a una institución fiduciaria por virtud del contrato de fideicomiso, como ya lo hemos analizado.

En este sentido, debe señalarse que la débil fiscalización que existe sobre este tipo de contratos se debe al secreto financiero y fiduciario que permea a estos actos jurídicos, dificultando con ello la investigación de los bienes y recursos que detenta un sujeto que esté siendo investigado por su participación en el blanqueo de capitales.

Ahora bien, la utilización de este contrato se da en muchos aspectos, desde la adquisición de bienes inmuebles para el uso y descanso habitacional de sujetos dedicados a actividades ilícitas, en donde establecen que una institución fiduciaria actúe como titular de tales bienes, evadiendo con ello una posible localización a través de investigaciones de primer grado; hasta la adquisición de estos bienes, con la finalidad de lavar dinero propiamente, adquiriendo propiedades con recursos provenientes de un ilícito en primera instancia, y en segunda, mezclando el dinero proveniente de actividades ilícitas con el de una actividad lícita, con la finalidad de introducirlo en el sistema financiero y utilizarlo en el disfrute personal o en el mantenimiento y expansión de sus actividades ilícitas.

Al respecto el ejemplo más claro, es la adquisición de un hotel, el cual será adquirido a través de un contrato de fideicomiso en donde el titular de los derechos del mismo será la institución fiduciaria, pero permitirá el uso y goce a una administración controlada por la organización criminal, quien al momento de entregar las ganancias simulara tener excelentes ganancias las cuales no tendrá que acreditar, pues al ser un hotel generará un flujo constante de efectivo que puede provenir, de la efectiva ocupación que tenga el hotel o de las actividades ilícitas de la organización criminal, mismas que al ser un flujo alto y constante de dinero, no generará sospechas en los empleados bancarios que reciban los depósitos de las transacciones del hotel y estas podrán ser destinadas a cualquier fin sin deparar ninguna sospecha.

Es por esta razón, que si bien, el contrato de fideicomiso es una herramienta eficaz para poder llevar a cabo diversos fines, no es menos cierto que sin la vigilancia y control adecuado, el mismo puede ser una herramienta que permita el lavado de dinero, y la introducción en el sistema financiero de bienes producto de actividades ilícitas.

4.6 Medidas Preventivas para evitar el delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita

Las instituciones que integren el sistema financiero como medidas preventivas para evitar el delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita deberán estar obligadas en todo momento a identificar, sobre la base de un documento oficial o de otro documento de identificación fiable, a sus clientes ocasionales o habituales, y a registrar esa identificación cuando entablen relaciones de negocios o efectúen transacciones como la apertura de cuentas o libretas de ahorro, la realización de transacciones fiduciarias, el alquiler de cajas fuertes o la realización de transacciones de grandes cantidades de dinero en efectivo.

Comprobar la existencia y estructura jurídica de la persona moral que sea cliente de las instituciones financieras, obteniendo copia del acta constitutiva, incluida la

información relativa al nombre de las personas físicas que utilizan los servicios financieros, su dirección, los directores de dichas personas jurídicas y comprobar que las personas que pretenden actuar en nombre del cliente están debidamente autorizadas.

Conservar, al menos durante cinco años, todos los documentos necesarios sobre las transacciones realizadas, tanto nacionales como internacionales, que les permitan cumplir con las solicitudes de información de las autoridades competentes, permitiendo reconstruir las diferentes transacciones, los destinatarios, e intermediarios, en donde se incluyan las cantidades y los tipos de moneda utilizados.

Las instituciones financieras deberían conservar, también al menos durante cinco años, registro de la identificación de sus clientes, por ejemplo, copia o registro de documentos oficiales de identificación como pasaportes, credencial de elector, cédulas profesionales etc., los expedientes de clientes y la correspondencia comercial, al menos durante cinco años después de haberse cerrado la cuenta.

Estos documentos deberían estar a disposición de las autoridades competentes, en el contexto de sus procedimientos y de las investigaciones penales que en su caso existan.

Prestar especial atención a las amenazas de lavado de dinero a través de las nuevas tecnologías o tecnologías en desarrollo, que pudieran favorecer el anonimato y tomar medidas, en caso necesario, para impedir su uso por personas relacionadas o sancionadas por dicho delito.

CONCLUSIONES

Conclusión 1

Después de haber podido observar mediante mi experiencia personal, durante mi etapa laboral en el Banco HSBC, concretamente en el área de Análisis Fiduciario y Operaciones Relevantes, puedo llegar a la conclusión de que el contrato de fideicomiso es bastante amplio y de gran flexibilidad, por lo que puede abarcar muchas posibilidades y utilizarse para diversos objetivos, estando limitado a que el fin del mismo sea lícito y determinado, encomendando su realización a una institución fiduciaria; sin embargo esto, no impide que dicho instrumento jurídico sea utilizado por Organizaciones Criminales para llevar a cabo fines ilícitos

Conclusión 2

Si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en criterios jurisprudenciales que la información sobre cualquier tipo de operación efectuada en una institución de crédito, está restringida y únicamente puede ser solicitada por la autoridad judicial en un juicio en el que el titular sea parte, el día de hoy existen varias excepciones, tales como las facultades otorgadas tanto al Procurador General de la Republica como a los procuradores de los estados, a efecto de poder obtener datos tendientes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad de una persona inmersa en un procedimiento de carácter penal.

Conclusión 3

El lavado de dinero es un proceso, en el cual se puede realizar cualquier acto u operación con bienes o derechos, productos de una actividad tipificada como delito por la legislación penal, con el propósito de ocultar el origen ilícito de los mismos, usando una serie de actos permitidos por la ley y para llegar a un fin sancionado por la ley.

Conclusión 4

Cualquier persona puede ser sujeto activo con excepción de las personas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 400 bis, es decir, los empleados y funcionarios que integran el sistema financiero, los cuales tienen una calidad especial; asimismo los aludidos en el párrafo tercero del precepto en comento que son sujetos calificados, ya que tienen que ser servidores públicos encargados de prevenir, denunciar, investigar o juzgar la comisión de delitos

Conclusión 5

El ilícito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita es perseguible de oficio con excepción de los casos en los cuales se utilicen servicios de Instituciones que integran el sistema financiero, ya que en estos casos para proceder penalmente se requiere la querrela previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Conclusión 6

El delito de Operaciones de Recursos de Procedencia Ilícita, es de carácter doloso o intencional, ya que se requiere de conocimiento y propósito de efectuar la conducta típica, como se desprende del texto del artículo 400 bis del Código Penal Federal, que contempla el ilícito en cuestión.

Conclusión 7

En México las leyes sobre la materia son incompletas, además que las técnicas de identificación no alcanzan los niveles necesarios para inhibir esta conducta. Los esfuerzos se han centrado en la publicación de la **Guía para Prevenir el Lavado de Dinero** en los bancos por parte de la Comisión Nacional Bancaria. Su propósito fue que los bancos cooperaran con el gobierno para abatir el problema, sin embargo constituyó sólo un instrumento de consulta, para funcionarios y empleados del sector no es obligatorio, vinculante, o impositivo, razón por la cual resulta ineficaz para coaccionar a los empleados bancarios a observarlo en todo momento.

Conclusión 8

Los avances tecnológicos, de los servicios financieros han venido a sustituir y remplazar el dinero en efectivo por el plástico en un primero momento y ahora por el virtual. Las transacciones que se realizan a través de este medio, se hacen de manera instantánea y las mismas no establecen fronteras, por lo que el dinero que es producto de actividades ilícitas, llega a los países que carecen o mantienen una escasa regulación que impida el lavado de dinero.

El uso de la tecnología, ha venido a dificultar a las autoridades tanto nacionales como internacionales, el poder detectar y dar seguimiento a las operaciones sospechosas de actividades ilícitas, ya que dichas operaciones de lavado de dinero a través de medios electrónicos, se realizan mediante el uso de tarjetas inteligentes y el internet; los avances electrónicos y las nuevas tecnologías además de ser un beneficio para los usuarios de Instituciones Bancarias a nivel mundial, en el cual se facilita y se ahorra tiempo al cliente, son también, un campo fértil para el lavado de dinero, producto de actividades ilícitas; lo anterior, en virtud de que es cada vez mas impersonal la prestación del servicio, ya que al momento de aperturar una cuenta, el usuario tiene contacto directo con la institución una sola vez, permitiendo que el resto de las operaciones sean hechas desde una computadora personal, lo que impide corroborar la identidad del usuario, la frecuencia de las operaciones y con ello, facilitar el préstamo de identidad (utilización de prestanombres) con la finalidad de blanquear los capitales producto de actividades ilícitas.

Conclusión 9

El proceso de lavado de dinero, puede constar de tres etapas, sin embargo esto no puede considerarse como una regla general, ya que los sujetos activos del delito, pueden hacer uso de una o dos de ellas únicamente.

- A) Colocación.- también llamado como introducción o prelavado, consiste en deshacerse materialmente de importantes cantidades de dinero en efectivo

ya sea por medio de los establecimientos financieros, o de la economía al detalle, mediante transferencias de divisas al extranjero.

- B) Transformación.- También conocida como ensombrecimiento, distribución, o estratificación, esto es separación de las ganancias ilícitas de su fuente, eliminando la marca ilegal del producto ilícito.
- C) Integración.- También conocida como recolección, consiste en la introducción de la riqueza de origen ilícito, a los círculos económicos y financieros lícitos, sin despertar sospechas, otorgándole en consecuencia una apariencia de legalidad

Conclusión 10

Uno de los métodos más eficaces como medida preventiva para evitar el delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita, es obligar a las Instituciones Financieras a identificar sobre la base de un historial certero a sus clientes ocasionales o habituales, cuando éstos efectúen transacciones como la apertura de cuentas o libretas de ahorro, la realización de transacciones fiduciarias, el alquiler de cajas fuertes o la realización de transacciones de grandes cantidades de dinero en efectivo, y mantener la información referente obtenida de los estudios y antecedentes bancarios conocidos como KYC (Know Your Cliente) en resguardo durante por lo menos 2 años posteriores a la cancelación de la cuenta.

PROPUESTAS

Propuesta 1.-

RESPONSABILIDAD PENAL PARA LAS PERSONAS MORALES

Como propuesta inicial sugiero, que en el Código Penal Federal sea creado un procedimiento judicial, con la finalidad de someter a juicio a las personas morales, lo anterior, a fin de establecer no solo la responsabilidad penal de sus representantes, mandatarios o socios, sino también, la de la propia persona moral; esto es, que por virtud de dicho procedimiento se pueda sancionar a la persona moral con la desaparición, disolución o extinción de la sociedad como una medida de seguridad.

Lo mencionado en el párrafo anterior, si bien no es nuevo, dado que de una forma limitada, se encuentra regulado en el artículo 11 del Código Penal Federal, la medida busca permitirle comparecer a juicio y defender sus derechos ante los tribunales a la persona moral “sujeta a proceso”, evitando con ello, primero, que se le viole su garantía de audiencia, y segundo que se le pueda sancionar en caso de así proceder, a aquellas sociedades que con conocimiento de causa o por falta de prevención permitan que sus socios, miembros o personas que las dirigen, sean utilizadas para la comisión del delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita.

En tal tesitura, la Responsabilidad Penal de las personas morales, se encuentra establecida en el artículo 11 del Código Penal Federal, el cual a su letra establece:

“...Artículo 11. Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas

entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública...”

Al efecto, dicho numeral establece una facultad discrecional para el juzgador, quien puede dictar en una sentencia la suspensión o disolución de una persona moral, de considerar que dicha medida es necesaria para la seguridad pública.

Al respecto se debe observar que la sanción, si bien es grave, dado que la misma equivale a lo que sería la pena de muerte para las personas físicas, el hecho de que se utilice una figura jurídica como la persona moral, para la comisión del delito de Operación con Recursos de Procedencia Ilícita, es más grave aún, dado que permite encubrir, fomentar y perpetuar en el tiempo un injusto penal, ya que les permite el goce del producto del delito, hecho que afecta a la sociedad en su conjunto, es por ello, que la sanción a que se alude en el artículo en cita debe utilizarse adecuadamente, ya que no todas las personas jurídicas que puedan verse inmiscuidas en un proceso penal tienen fines ilícitos.

En este orden de ideas, la sentencia a la que se refiere el precepto en comento es la que pone fin a un proceso seguido en contra de algún miembro o representante de una persona moral; razón por la cual, si la persona moral no ha sido sujeta a un proceso penal, resulta inconstitucional que se le condene imponiéndole una sanción, violándose con ello la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo anterior, implica la necesidad de establecer dentro del procedimiento penal, las reglas necesarias para que las personas morales no queden en estado de indefensión, y puedan dentro del proceso penal ser debidamente representadas, con la finalidad de que ejerciten su legítimo derecho de defensa.

Ahora bien, dichas medidas se encuentran contempladas someramente en algunos códigos penales tales como: Puebla, Veracruz y Yucatán, estableciendo que

cuando existan determinados actos delictivos cometidos por miembros o representantes de una persona moral, con los medios o elementos de la misma, el procedimiento correspondiente se inicia con la audiencia de su representante legal.

Como ejemplo, me permito citar los artículos 67 y 68 del Código de Defensa Social para el Estado Libre y Soberano de Puebla, los cuales establecen lo siguiente:

“...Artículo 67. Cuando existan motivos justificados de seguridad pública, y los actos delictuosos se cometieren por los miembros o representantes de una persona jurídica, con los medios o elementos propios de la misma; bajo su amparo y en su beneficio, a petición del ministerio público, la autoridad judicial decretara su intervención, remoción, prohibición de realizar determinadas operaciones o extinción de la misma, según el caso.

Artículo 68. En el supuesto previsto en el artículo anterior, se aplicaran las siguientes disposiciones:

I. La intervención es la vigilancia del manejo de los órganos de representación de la persona jurídica, con las atribuciones que al interventor confiera la ley;

II. La remoción consiste en sustituir a los administradores de la persona jurídica, encargando su función temporalmente a un interventor designado por el juez;

III. La prohibición de realizar determinadas operaciones se refiere exclusivamente a las que determine el juez y que deberán tener relación directa con el delito cometido;

IV. La extinción implica la disolución de la persona jurídica y su liquidación conforme a las leyes aplicables;

V. Los socios o miembros de la sociedad afectada, ajenos al hecho o a los hechos delictuosos que dieron motivo a la sanción, tendrán derecho a reclamar al socio o socios delincuentes los daños y perjuicios que les acarreen la suspensión y liquidación;

VI. Las cuestiones previstas en este capítulo, se tramitarán en la forma y términos que establece el código de procedimientos en materia de defensa social para los incidentes no especificados, iniciándose con la solicitud del ministerio público, con la que dará vista al representante legal de la sociedad, asociación o cualquier otra persona jurídica que se pretenda sujetar a la medida solicitada;

VII. La extinción será comunicada al registro público respectivo, para la anotación que corresponda, y publicada en el periódico oficial...⁵⁷

De los artículos citados, podemos observar las diversas hipótesis y el procedimiento que ya existe en algunos Estados, para establecer la responsabilidad penal de las personas morales; ahora bien, como lo señalé al inicio de esta propuesta, sugiero que en el Código Penal Federal se establezca un procedimiento que permita a las personas morales comparecer a juicio y defender sus derechos ante los tribunales penales, para evitar que se les viole la garantía de audiencia a que tienen derecho, pero al mismo tiempo puedan ser sujetadas a proceso a través de sus representantes legales o directivos con plenas facultades para ello; lo anterior, para que en caso de que con conocimiento de causa o por falta de prevención, sus socios, miembros o personas que las dirigen o representen, las utilicen para la comisión del delito de Operación con Recursos de

⁵⁷ Código de Defensa Social para el Estado Libre y Soberano de Puebla, Editorial Porrúa, México, 2009.

Procedencia ilícita, dichas sociedades puedan ser sancionadas con desaparición, extinción o disolución, a la par de las penas privativas de libertad que en su caso se pudiera establecer a sus miembros.

Propuesta 2.-

CREACIÓN DE UN NUEVO TIPO PENAL

Creación dentro del Código Penal Federal de un delito cuya pena media aritmética sea menor a 5 años, y que incluya la inhabilitación para desempeñar cargos dentro de instituciones financieras, bancarias o fiduciarias por cuando menos un año.

En efecto, el artículo en cuestión establecería un tipo penal de carácter culposo para aquellas personas, o miembros que integren alguna de las instituciones que formen parte del sistema financiero o fiduciario mexicano, lo anterior, en virtud de que las prácticas bancarias, bursátiles y fiduciarias han creado una serie de mecanismos, con la finalidad de conocer las actividades que los clientes desarrollan con dichas instituciones, permitiendo registrar transacciones sospechosas, estableciendo la obligación de los prestadores de servicios (empleados bancarios, bursátiles o fiduciarios) de informar al área correspondiente de la institución a la que pertenezcan, las actividades que acorde a los manuales de procedimientos, KYC's y regulaciones emitidas por Comisión Nacional Bancaria y de Valores, deban ser registradas y sujetas a investigación; dicho numeral, establecería la sanción en contra de los empleados bancarios por la omisión a su deber de cuidado, respecto de los clientes y operaciones de las cuales tiene conocimiento y están obligados a reportar. Al efecto dicho artículo quedaría como sigue:

“Se impondrá de tres a cinco años de prisión y de mil a cinco mil días de multa al que realice cualquiera de las siguientes conductas: adquiera, enajene, administre, custodie, cambie, deposite, de en garantía, invierta, transporte o transfiera dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa,

recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza que sean producto o procedan de actividades ilícitas, si desatiende la obligación que por cuestión de su cargo o empleo le es inherente, u omite tomar o seguir las medidas necesarias para cerciorarse de la legítima procedencia de tales recursos.”

Propuesta 3.-

LA CREACIÓN DEL REGISTRO NACIONAL DE FIDEICOMISOS

Derivado de la escasa regulación que tiene la figura del fideicomiso, la propuesta de este tesista, radica en la creación de un registro nacional de fideicomisos, lo anterior en virtud de que hasta el día de hoy es relativamente fácil crear un fideicomiso con la finalidad de operar recursos de procedencia ilícita.

Al efecto y como ejemplo puedo citar el siguiente caso:

Supongamos la existencia de un personaje Juan, quien es contratado como prestanombres de un Narcotraficante que busca lavar el dinero a través de la celebración de un contrato de fideicomiso traslativo de dominio irrevocable.

El objeto de nuestro fideicomiso sería la adquisición de un bien inmueble, digamos un hotel, el cual sería adquirido por Juan, con dinero en efectivo que le proporcionó el Narcotraficante para tal fin.

El hotelero legítimo se constituiría como fideicomitente, transmitiendo los derechos que detenta sobre el citado inmueble a una institución fiduciaria, con la finalidad de que ésta administre el bien inmueble y los beneficios sean entregados al fideicomisario, que en este caso lo sería Juan “N”, nuestro prestanombres.

Al respecto, debe mencionarse que regularmente, las instituciones fiduciarias no administran por sí mismas los fideicomisos de este tipo, únicamente se encargan de aparecer como propietarias ante terceros, en virtud del contrato celebrado, pero otorgándole las facultades necesarias a quien tenga derecho según lo determine el fideicomitente en el acto constitutivo; limitando la actuación de la

institución fiduciaria a llevar a cabo las órdenes de una carta de instrucción girada por la persona facultada para ello.

Es en este punto donde nuestro prestanombres puede administrar el inmueble, introduciendo al sistema financiero los recursos producto de diversos ilícitos, ya que puede hacer que el modesto hotel, aparente ser una empresa sólida con ingresos constantes, a pesar de que incluso dicho hotel no genere tales ganancias, ya que los empleados de la institución fiduciaria no están obligados a cerciorarse de la ocupación real del inmueble; lo cual permite meter entre sus supuestas ganancias, el dinero producto de actividades ilícitas y mezclarlo con el producto de la actividad legal.

Por último, el destino de los recursos colocados ya en el sistema financiero, se llevará acorde a lo ordenado por nuestro prestanombres, a quien se le otorgó dicha prerrogativa según lo estipuló nuestro fideicomitente.

No debe pasar desapercibido que si bien hasta el momento, la institución bancaria tiene los datos de los fideicomitentes, fideicomisarios y beneficiarios, para el caso de que la Autoridad lo requiera, en la realidad no se exige que se tenga un control real de los nombres y personas que intervienen en el fideicomiso.

Un ejemplo puede ser que la persona facultada para girar instrucciones, no lo haga directamente, sino a través de un tercero con un poder notarial; al respecto la persona que gira las instrucciones jamás aparecería en el registro del banco, dado que únicamente se guardan los contratos y se revisa que la persona que gira la instrucción tenga facultades para ello de acuerdo al contrato; es por ello que el propio “Chapo Guzmán” podría dirigir una carta de instrucción, si a través de un poder notarial, nuestro prestanombres cede la facultad de girar cartas de instrucción, el nombre que aparecería en el registro no sería el del Narcotraficante, sino el del prestanombres.

Es por ello que con el Registro Nacional de Fideicomisos, las instituciones fiduciarias solamente harían caso únicamente a las cartas de instrucción que reúnan los siguientes requisitos:

- 1) Acreditar que el fideicomiso se encuentre debidamente inscrito en el Registro Nacional de Fideicomisos. Dicho registro únicamente considerará los siguientes rubros:
 - a) Nombre del Fideicomitente
 - b) Nombre del Fideicomisario
 - c) Institución Fiduciaria
 - d) Objeto del Fideicomiso
 - e) Terceros
- 2) La carta de instrucción, deberá ser suscrita por una persona con facultades suficientes para ello.
- 3) Si la persona que suscribe la carta de instrucción obtiene las facultades derivadas de un acto jurídico diferente al contrato mediante el cual se constituyó el fideicomiso, dicho acto deberá ser previamente inscrito en el Registro Nacional de Fideicomisos bajo el rubro de terceros para poder ser acatado por la institución fiduciaria.
- 4) Los demás que establezcan las leyes.

La finalidad de dicho registro es que, en caso de que se desarrolle una investigación relacionada con actividades que implique la operación con recursos de procedencia ilícita, sobre alguna persona, se pueda solicitar al Registro Nacional de Fideicomisos informe a la autoridad competente, si la persona investigada cuenta con algún antecedente que permita acreditar la comisión del ilícito y el manejo de los recursos de procedencia ilícita.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de Blanqueo de capitales*, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000
2. ANAYA, Jorge y et. al., "*Políticas contra el Lavado de Dinero aplicables a Instituciones de Crédito y Sociedades Financieras de Objeto Limitado*", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLI, núm. 121, enero-abril de 2008, IIJ-UNAM, México
3. BATIZA Rodolfo, *El fideicomiso, teoría y práctica*, Ediciones de la Asociación de Banqueros de México A.C., México, 1973
4. BLANCO CORDERO, Isidoro, El Delito de Blanqueo de Capitales, Editorial Aranzi, Pamplona, España, 1997
5. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, El Juicio de Amparo, Editorial Porrúa, México, 1994
6. BRUCES ANAYA, Luis Alonso, El Crimen Organizado (Origen, evolución, situación y configuración de la Delincuencia Organizada en México), Editorial Porrúa, México, 2001
7. CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 2003
8. CORREA FIELD, Javier, El Fideicomiso Mercantil Mexicano y el Trust Anglosajón, Editorial Porrúa, México, 1975,
9. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, El fideicomiso ante la Teoría General del Negocio Jurídico, Editorial Porrúa, México, 1982
10. D`ORS, Álvaro, Elementos del Derecho Privado Romano, Publicaciones del Estudio Gencial de Navarra, España, 1960,
11. FIGUEROA VELÁSQUEZ, Rogelio, El Delito de Lavado de Dinero en el Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 2001
12. FLORIS MARGADANT, Guillermo, El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, México, 1977
13. GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE SUDAMÉRICA. Grupo de Acción Financiera Sobre el Lavado de Activos. Argentina 2003, Pag. http://www.uif.gov.ar/documentos%20GAFI/40rec_es.pdf

14. HERNÁNDEZ, Octavio A., Derecho Bancario Mexicano, Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, México, 1956
15. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 2003,
16. KEETON, George W., The law of trust, Editor Sir Isacc Pitman and sons, Londres Inglaterra, 1958
17. MACEDO, Pablo, Estudios sobre el Fideicomiso Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1975
18. MESSINA, Guisepe citado por VILLAGORDA LOZANO, José Manuel, Doctrina General del Fideicomiso, Editorial Porrúa, México, 1982
19. PORTE, Celestino. Apuntes de la Parte General del Derecho Penal I, Editorial Porrúa, México, 1990
20. PETIT, Eugene, El Fideicomiso, Editorial Porrúa, México, 1987
21. ROCHA NÚÑEZ, Eduardo, Banca Fiduciaria, Banco BCH, México, 1997
22. ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, El uso de internet en el Derecho, Editorial Oxford, México, 2001
23. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, Editorial Porrúa, México, 1991
24. TÉLLEZ VALDÉS, Julio, Derecho Informático, Mc GrawHill Interamericana, Tercera Ed. México, 2004
25. VON MAYR, Roberto, Historia del Derecho Romano. Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1931.
26. ZAMORA SÁNCHEZ, Pedro, Marco jurídico del lavado de dinero, Editorial Oxford, México, 1999

LEGISLACIÓN

27. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México, 2009.
28. Código Penal Federal, Editorial Porrúa, México, 2009
29. Código Federal de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, México, 2009

30. Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 2009
31. Código de Defensa Social para el Estado Libre y Soberano de Puebla, Editorial Porrúa, México, 2009
32. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Editorial Porrúa, México, 2009.
33. Ley de Instituciones de Credito, Editorial Porrúa, México, 2009
34. Ley Federal de Extinción de Dominio Reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, de fecha 29 de mayo de 2009
35. Suprema Corte de Justicia de la Federación, Poder Judicial de la Federación, IUS 2009 Jurisprudencias Tesis Aisladas junio 1917-junio 2009.