

POLÍTICAS CONTRA EL LAVADO DE DINERO APLICABLES A INSTITUCIONES DE CRÉDITO Y SOCIEDADES FINANCIERAS DE OBJETO LIMITADO*

Jorge ANAYA AYALA
Ricardo TREJO
Rafael FERNÁNDEZ DE LARA**

RESUMEN: Los autores explican la relación existente entre el lavado de dinero y el combate al crimen organizado desde el punto de vista financiero, así como la vinculación existente entre la regulación nacional y los lineamientos sugeridos por iniciativas internacionales en la materia. Con tal finalidad, se analizan las políticas públicas que se aplican al sector bancario, para combatir tanto al lavado de dinero como al financiamiento del terrorismo. Los autores plantean revisar tales políticas antes de proceder a su adopción.

Palabras claves: Bancos, lavado de dinero, Resolución 1373 del Consejo de Seguridad, GAFI, crimen organizado.

ABSTRACT: *The authors explain the relationship between anti Money laundering policies and the fight against organised crime at a financial level as well as the existing link between Mexico's regulations and the international guidelines on the matter. In order to do so, it is assessed the anti money laundering scheme, which is extended to terrorist financing, regarding banks which substantially mirrors that applicable to the rest of the financial system. It is criticised its adoption highlighting the need of it but raising some issues which must be tackled to better its results.*

Descriptors: *Banks, money laundering, Security Council Resolution 1373, FATF and organised crime.*

* Artículo recibido el 15 de mayo de 2007 y aceptado el 6 de agosto de 2007.

** Profesores de derecho en la Unidad Académica de Ciencias Jurídicas y Sociales, Campus Tampico, de la Universidad Autónoma de Tamaulipas.

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II *Consideraciones previas*. III. *Generalidades sobre el lavado de dinero*. IV. *México y sus políticas contra el lavado de dinero*. V. *Temas críticos derivados de la adopción e implementación de las políticas contra el lavado de dinero*. VI. *Conclusiones*.

I. PREÁMBULO

El lavado de dinero es un tema cuya regulación, aparentemente, corresponde exclusivamente al derecho penal. Sin embargo, al ser un conjunto de actos encaminados a alcanzar un fin determinado y al utilizarse tanto canales financieros como no financieros para tal efecto, éste, igualmente, puede ser regulado por el derecho comercial. En otras palabras, el hecho de que el lavado de dinero sea un delito tipificado por el Código Penal Federal no es óbice para que otras disciplinas jurídicas le regulen desde otro ángulo. En este orden de ideas se habrá de explicar la vinculación de este tema con la regulación bancaria internacional y qué orilló a los Estados de distintas jurisdicciones a adoptar acciones en la materia.

En primer término tenemos que, en México, desde hace más de diez años la Banca es un sector cuya operación se encuentra regulada, entre otras disposiciones, mediante los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio en materia de servicios financieros y las obligaciones que emanan del Tratado de Libre Comercio de América del Norte lo que, entre otras cosas, ha propiciado el fenómeno denominado banca multijurisdiccional. Asimismo, previo a estos instrumentos internacionales, las prácticas bancarias internacionales se encontraban reguladas, en algunos aspectos, por códigos de conducta auspiciados por, entre otros, el Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria.¹ En la actualidad, los “principios Wolfsberg”² forman parte de esta clase de mejores prácticas no vinculatorias pero que son observadas. En consecuencia, se afirma que este sector se encuentra globalizado. Ahora bien, mediante la banca, entre otras funciones, se efectúa el sistema de pagos internacional, piedra angular para permi-

¹ <http://www.bis.org/dcms/fl.jsp?aid=7&pmdid=3&smdid=14&tmdid=0&fmdid=0&tid=32>.

² <http://www.wolfsberg-principles.com/standards.html>.

tir un mejor desarrollo de las actividades económicas entre los países, es decir, se efectúa el flujo de capitales y dinero mediante los canales que ofrece la banca internacional.

Sin embargo, los avances tecnológicos que han permitido el mayor y más efectivo flujo de capitales, favoreciendo al comercio internacional, igualmente han sido aprovechados por el crimen organizado el cual, derivado de las ventajas de las miles de millones de transacciones lícitas y de algunos principios y prácticas que los canales financieros proveían, tornaron obsoletas las formas tradicionales de combate de tipos delictivos que, tomando proporciones globales, obligaron a los Estados a implementar políticas proporcionales “contra las nuevas formas de delincuencia que incorporan los más avanzados recursos tecnológicos (economía criminal en general, delitos financieros, narcotráfico)”.³

De lo expuesto, la comunidad internacional se vio obligada a responder, uniformemente, a este fenómeno desde el punto de vista penal así como financiero. Es así que, con el fin de evitar la introducción de recursos ilícitos en el sistema financiero y con ello dificultar la comisión de este delito, se adoptan e implementan políticas que eviten el abuso del mismo.

El presente trabajo tiene como único objetivo presentar al lector un esquema sistematizado y general de las políticas existentes para el combate al lavado de activos respecto de las instituciones de crédito y las sociedades financieras de objeto limitado (en adelante, “sujetos obligados”), mismas que, sustancialmente, reflejan aquéllas respecto del sistema financiero mexicano. Asimismo, es necesario mencionar que estas políticas se utilizan para el combate del terrorismo internacional y del financiamiento al terrorismo, delito tipificado, recientemente, por el Código Penal Federal en su artículo 139.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de abordar el tema del lavado de dinero y la reacción tanto internacional como nacional, es menester recordar algunas prácticas

³ Kaplan, Carlos, *Ciencia, Estado y derecho en la tercera revolución*, México, UNAM, 2000, p. 190.

y principios bancarios para un mejor entendimiento de las repercusiones que tiene su combate.

1. *Secreto bancario y anonimato de las relaciones cliente-banco*

En cuanto al secreto bancario, éste constituye la obligación, a cargo de las instituciones financieras, de mantener con carácter confidencial la información y documentación relativa a las operaciones y servicios que prestan. Por lo que, en ningún caso, podrán dar noticias o información de los depósitos, operaciones o servicios, sino al depositante, deudor, titular, beneficiario, representantes legales o a quienes tengan otorgado poder para disponer de la cuenta o intervenir en la operación.⁴ Mientras que el anonimato de las relaciones cliente-banco encuentra su fundamento en el deseo del cliente de mantenerse en el anonimato con respecto al banquero.

Respecto de la primera, existen en México una serie de excepciones al mismo y, además, desde finales de 2005 es mayor el número de autoridades que pueden acceder a la información anteriormente protegida por el mismo.⁵ Más aún, las regulaciones contra el lavado de dinero, y en particular la obligación de reportar operaciones de los clientes, no constituyen violación a dicho principio.⁶ Ahora bien, respecto del segundo principio, se prohíbe a los sujetos obligados, “establecer o mantener cuentas anónimas o bajo nombres ficticios, por lo que sólo podrán abrir cuentas o suscribir contratos, hasta que sus clientes hayan cumplido satisfactoriamente con los requisitos de identificación establecidos”⁷ por ley.

2. *Acontecimientos que incidieron en la adopción de políticas contra el lavado de dinero a nivel internacional*

Otro rubro a considerar en el proceso de desarrollo, adopción e implementación de políticas para el combate del lavado de activos y su subsiguiente extensión a la lucha contra el financiamiento al terrorismo son los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001.

⁴ Ley de Instituciones de Crédito, artículo 117.

⁵ *Idem.*

⁶ *Ibidem*, artículo 115.

⁷ Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito. Disposición novena.

Éstos constituyen un hito en la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado internacional ya que acentuaron la tendencia de delegar más responsabilidades, así como remover cualquier rechazo o inhibición en imponer un mayor número de obligaciones a agentes privados (bancos, instituciones de seguro, etcétera) en la lucha contra formas criminales que se realizan o cuya actividad se financia a través del sistema financiero.⁸

Derivado de los trágicos eventos en Nueva York, el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 1373⁹ por medio de la cual se condenaron los mismos, y por lo tanto exhorta a los Estados a “encontrar medios para intensificar y agilizar el intercambio de información operacional”,¹⁰ y además, hace énfasis en “la estrecha conexión que existe entre el terrorismo internacional y la delincuencia organizada transnacional, las drogas ilícitas, el blanqueo de capitales”¹¹ y otras formas criminales.

De todo lo anterior, y con independencia de que previo a los eventos en Nueva York ya existía el grupo de acción financiera internacional (en adelante, GAFI), éste ofrecería su pericia y experiencia derivada de la elaboración de estándares internacionales en la lucha contra el lavado de activos¹² y, en consecuencia, asumiría el liderazgo para encauzar los esfuerzos internacionales con el fin de combatir al financiamiento al terrorismo.¹³

III. GENERALIDADES SOBRE EL LAVADO DE DINERO

La primera cuestión a resolver es qué es el lavado de dinero. Es necesario mencionar que nuestro Código Penal Federal en el artículo

⁸ Norton, Joseph J. y Shams, Heba, “Money Laundering and Terrorist Financing: Post-September 11 Responses-Let Us Step Back and Take a Deep Breath?”, 36 *Int'l L.* 103, 116 (2002).

⁹ S/RES/1373, 28 de septiembre de 2001, “Sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo”.

¹⁰ *Ibidem*, p. 3.

¹¹ *Idem*.

¹² Fisher, J., “Recent International Developments in the Fight against Money Laundering”, (2002) 17 *JIBL* 67, 69.

¹³ Financial Action Task Force (FATF), Crackdowns on Terrorist Financing, Washington, 31 de octubre de 2001.

400 *bis* tipifica el delito como “Operaciones con recursos de procedencia ilícita” en el que intervienen los siguientes elementos:

a) *Sujeto activo*: un(os) individuo(s), ya por sí o por interposita persona.

b) *Conducta*: enajenar, administrar, custodiar, cambiar, depositar, dar en garantía, invertir, transportar o transferir recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita.¹⁴

c) *Ámbito territorial de la conducta*: en México, de éste al extranjero o a la inversa.

d) *Objetivos*: ocultar, pretender ocultar, encubrir o impedir conocer el origen, localización, destino o propiedad de dichos recursos, derechos o bienes o alentar alguna actividad ilícita.

De lo anterior, se concluye que el lavado de dinero es “la actividad encaminada a darle el carácter de legítimos a los bienes producto de la comisión de delitos, los cuales reportan ganancias a sus autores”,¹⁵ permitiéndoles, en primer término, tanto su retención como su administración sin que les sean confiscados, y finalmente les proveen el capital necesario para mantener y expandir las actividades ilícitas de donde derivan.

1. *Proceso de blanqueo de capitales*

Es ampliamente aceptada la existencia de una serie de fases o etapas que,¹⁶ simultánea o separadamente, se realizan con el fin de alcanzar exitosamente el blanqueo de capitales en el sistema financiero:

a) La colocación: se encuentra en primer término esta fase. Consiste en la puesta en circulación del dinero, tras haberse fraccionado en

¹⁴ Sin embargo, no parece ser “imprescindible que se demuestre la existencia de un tipo penal diverso [sino que] 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”; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XII, septiembre de 2000, Tribunal Colegiado de Circuito, p. 629; [J]; OPERACIONES CON RECURSOS DE PROCEDENCIA ILÍCITA. ACREDITAMIENTO DEL CUERPO DEL DELITO.

¹⁵ Lefort, Nando, *El lavado de dinero. Nuevo problema para el campo jurídico*, México, Trillas, 1997, p. 17.

¹⁶ Los nombres pueden diferir, aunque en cuanto a su sustancia no cambia alguna de ellas. Véase, entre otros, Kennedy, P., “Watching the Clothes Go Round: Combating the Effects of Money Laundering on Economic Development and International Trade”, (2003) 12 *Int'l Trade L. J.* 140, 141; Lefort, Nando, *op. cit.*, nota anterior, p. 67.

pequeños depósitos bancarios o mediante la compra de órdenes de pago y apoyándose en capital humano, con el fin de pasar inadvertido ante las instituciones financieras. El objetivo es no llamar la atención y confundir su origen.

b) El encubrimiento: posteriormente, tenemos que a través de una serie de operaciones entre diferentes cuentas bancarias, de una plaza a otra y de un país a otro, se busca encubrir el origen ilícito del mismo. En ocasiones, y con el fin de burlar los controles impuestos a los sujetos obligados, las operaciones se realizan en bajas denominaciones para formar capas, así como una compleja red de éstas, complicando el monitoreo su ruta.

c) La integración: constituye la última fase cuyo objeto es revestir de legalidad a los productos ilícitos dando un origen lícito, prácticamente, irrefutable.¹⁷

2. *Efectos del lavado de dinero en los países*

Ahora bien, el lavado de dinero puede tener un fuerte impacto en países en que se cometa. Éstos abarcan desde el fortalecimiento y la promoción de actividades criminales, así como el subsiguiente incentivo de la cultura de corrupción que éstas generan, hasta el posible daño en la reputación e integridad de los Estados¹⁸ y, por ende, en la confianza de sus mercados financieros. Es decir, el lavado de dinero puede incidir en la competitividad de los Estados que, por tener regulaciones más laxas que otros, por un lado pueden ser puerta de acceso de activos ilícitos, y por el otro, al mermar su reputación, podría posicionarlos desfavorablemente respecto de Estados con regulaciones más estrictas y, en consecuencia, afectar la clasificación de riesgo país. Lo que, a su vez, podría ocasionar que los Estados no sean atractivos para inversiones productivas o, más aún, provocar la salida de divisas.

¹⁷ Financial Action Task Force. FAQ. How is Money Laundered? at http://www.fatf.gafi.org/document/29/0,2340,en_32250379_32235720_33659613_1_1_1_1,00.html#howmuchmoneyislaunderedperyear.

¹⁸ Barlett, B. L., "The Negative Effects of Money Laundering on Economic Development", International Economic Group Dewey Ballantine LLP for the Asian Development Bank Regional Project, núm. 5967 (2002), 5.

Lo anterior constituye únicamente parte de las razones que se esgrimen para el combate al lavado de dinero. Sin embargo, otras igualmente relacionadas pueden ser la protección de la seguridad nacional y el fomento de la libre competencia entre los agentes económicos, ya que las operaciones que se realizan con recursos de procedencia ilícita no buscan la eficiencia económica.

3. *Respuesta internacional contra el lavado de dinero*

Una vez que se identificó el problema, así como sus efectos, la comunidad internacional optó por tomar medidas con el fin de combatir el avance de esta conducta o de aquéllas subyacentes.

La primera gran iniciativa a nivel internacional tiene lugar en Viena, con la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988,¹⁹ con la que se consigue un acuerdo para que los Estados contratantes criminalicen el “lavado de dinero”. El mayor inconveniente es que dicha convención refiérese únicamente al lavado de activos proveniente, concretamente, del narcotráfico.

De esta iniciativa, muchas otras han sido adoptadas por los miembros de la comunidad internacional. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocida como la Convención de Palermo, constituye otro mecanismo para buscar armonizar las medidas contra el blanqueo de capitales y obliga a los países signatarios a ampliar el ámbito de delitos subyacentes.

Entre otras, de igual forma, se destacan la Declaración de Principios de Basilea así como la Organización de Estados Americanos a través de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, de la cual nació una unidad contra el lavado de activos por medio de la cual se adoptaron medidas con el fin de combatir el lavado de dinero y promover reformas legislativas en los marcos normativos nacionales de los Estados miembros. Sin embargo, por su influencia y por el vertiginoso proceso por medio del cual han

¹⁹ Firmada por México el 16 de febrero de 1989, y ratificada por el H. Senado de la República el 30 de noviembre de ese mismo año. Su promulgación en el *Diario Oficial de la Federación* se dio el 5 de septiembre de 1990, y entró en vigor tanto nacional como internacionalmente el 11 de noviembre de 1990.

alcanzado una respuesta universal, nos enfocaremos concretamente en el GAFI.

4. *El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)*

El GAFI fue formado en 1989 en París por las siete naciones más industrializadas del mundo durante la cumbre del G-7. Se define como un grupo intergubernamental que desarrolla y promueve políticas para combatir el lavado de activos y el financiamiento al terrorismo. Actualmente cuenta con 33 miembros y dos organizaciones internacionales, así como más de 20 observadores y cinco grupos regionales estilo GAFI.

Las funciones del GAFI giran sobre tres grandes ejes. El primero de ellos consiste en desarrollar estándares para que se implementen programas a nivel nacional con el propósito de combatir al lavado de activos y al financiamiento al terrorismo. Además, evalúa el nivel de cumplimiento de dichos estándares por parte de sus miembros y, de facto, su finalidad es la de observar y seguir con atención los procesos de adopción e implementación de los mismos en el resto del mundo. Por último, debe identificar y estudiar los principales métodos utilizados para blanquear activos y financiar al terrorismo a través del sistema financiero.²⁰

Despréndese de lo anterior que, en buena medida, los esfuerzos del GAFI son positivos, ya que se encarga de promover la adopción de estándares mínimos con el fin de evitar que algunas jurisdicciones sean utilizadas como vehículos para lavar dinero. México ha sido sujeto a dos evaluaciones mutuas. La primera de ellas fue en 2000²¹ y la segunda se dividió en dos etapas 2003 y 2004.²² Ésta última derivó en una reforma integral a las políticas nacionales contra el lavado de dinero. A pesar de ello, muchas de las relativamente nuevas obligaciones constituyen mecanismos que podrían conculcar en nuestro perjuicio las garantías individuales o colocar en riesgo a determinados sujetos.

²⁰ http://www.fatf-gafi.org/pages/0,2966,en_32250379_32236889_1_1_1_1_1,00.html.

²¹ Financial Action Task Force, Annual Report (1999-2000), 22 de junio de 2000.

²² Financial Action Task Force, Annexes to Annual Report 2003-2004, Annex C, 2 de julio de 2004.

Las cuarenta recomendaciones

En la promoción de los estándares mencionados, así como las directrices que sirven como ejemplo para evaluar la adopción e implementación de las medidas contra el lavado de activos, tenemos que la mayor iniciativa adoptada por el GAFI son las Cuarenta Recomendaciones para Prevenir el Lavado de Dinero (CRPLD). Diseñadas en 1990 para combatir el abuso del sistema financiero por los lavadores del dinero de la droga, fueron revisadas por segunda ocasión en 1996 para reflejar la evolución de las tipologías del lavado.²³

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 activos y el financiamiento al terrorismo.²⁴

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 del 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. Ahora bien, a pesar de no ser obligatorias, para 1996 más de 130 países las habían adoptado con la finalidad de armonizar el marco jurídico contra el combate al lavado de dinero.

En este sentido, es necesario analizar cómo ha logrado tan desmedido éxito. La respuesta radica en que el GAFI utiliza un método que ha cobrado mayor relevancia en el ámbito internacional por medio del cual se emiten reglas que son sugeridas, es decir, no son normas legales obligatorias.²⁵ Este método se le conoce como *Soft Law* (derecho suave, literalmente), mismo que, en caso de no implemen-

²³ Grupo de Acción Financiera sobre el Lavado de Activos, Las Cuarenta Recomendaciones, 20 de junio de 2003, p. 2.

²⁴ *Ibidem*, p. 3.

²⁵ Shaw, Malcolm, *International Law*, 5a. ed., Cambridge University Press, pp. 110 y 111.

tarse, suele acompañarse de la aplicación de sanciones. Es así como evita el difícil camino de la concertación de las medidas con los diversos integrantes de la comunidad internacional, al sortear las diferencias y los retos que implica un acuerdo a mayor escala como son los tratados internacionales, obligatorios para los signantes en virtud del principio *pacta sunt servanda*.²⁶

Por tanto, el efecto de la falta de adopción e implementación de las cuarenta recomendaciones es que aquellos países que no cooperen, sean miembros o no del GAFI, son clasificados como “jurisdicciones y territorios no cooperativos” (NCCT por su siglas en inglés) y, consecuentemente, podría promoverse la aplicación de sanciones contra éstos. Un país al ser listado adquiere una mala reputación por tener más posibilidades de estar posiblemente vinculado con actividades ilícitas.

Myanmar fue el último país en ser eliminado de la lista.²⁷ Actualmente, no existen países que se encuentren listados. No obstante, la potencial aplicación de sanciones, que van desde una más estricta aplicación de las medidas de identificación y conocimiento al cliente así como del sistema de reporte de operaciones con las entidades que pertenezcan a la jurisdicción listada o hasta una mayor vigilancia de las operaciones que se realizan con éstas, han sido parte de los motivos principales para la adopción de las CRPLD. Más aún, el GAFI permanece alerta a fin de monitorear la adopción e implementación de las políticas contra el blanqueo de capitales.²⁸

IV. MÉXICO Y SUS POLÍTICAS CONTRA EL LAVADO DE DINERO

En México, dijimos, el artículo 400 bis del Código Penal Federal llama al lavado de dinero: “*operaciones con recursos de procedencia ilícita*”, y es considerado como un delito grave.²⁹ Este tipo penal se persigue

²⁶ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U. N. Doc A/CONF. 39/27 (1969), 1155 UNTS 331. Artículo 26.

²⁷ Financial Action Task Force, Chairman’s Summary, Vancouver Plenary, 9-13 de octubre de 2006, p. 1.

²⁸ *Idem*.

²⁹ Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 194, fracción I, número 32.

de oficio por la PGR,³⁰ salvo que se realice a través del sistema financiero, situación en la que requerirá de querrela por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (en adelante, SHCP).³¹

Ahora bien, mencionamos que para los propósitos del presente trabajo nos enfocariamos en las medidas que atañen directamente a la banca y a las sociedades financieras de objeto limitado (en adelante, indistintamente, Sofól o Sofoles) atendiendo al tipo y naturaleza de las operaciones que se encuentren autorizadas a realizar,³² conforme a lo dispuesto por la Ley de Instituciones de Crédito y las normas que de ella deriven.

1. *La Banca, las sofoles y las leyes anti-lavado de dinero*

Con respecto a la Banca y las sofoles, el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito constituye el fundamento jurídico de la regulación de las políticas contra el lavado de dinero. Tras la primera parte de la segunda evaluación hecha por el GAFI, dichas políticas fueron reglamentadas con mayor técnica en mayo 2004 por la SHCP bajo el título Disposiciones de Carácter General a que se refieren los Artículos 115 de la Ley de Instituciones de Crédito y 124 de la Ley de Ahorro y Crédito Popular. Recientemente, en noviembre 2006, éstas fueron modificadas mediante las nuevas Disposiciones de Carácter General a que se refiere el Artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito (en adelante, Disposiciones Generales)

México es miembro del GAFI, y como tal ha procurado la adopción e implementación de los estándares que éste último promueve. Como miembro, además monitorea el desempeño de su legislación y, en su caso, la reforma. Con frecuencia, en temas que atañen al lavado de activos se encuentra como motivación las recomendaciones del GAFI.³³

³⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 21; Código Federal de Procedimientos Penales, artículos 113 y 114.

³¹ Código Penal Federal, artículo 400 bis.

³² Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito. Disposición primera.

³³ Véase considerando. Párrafo segundo y tercero de la Resolución por la que se Expiden las Disposiciones de Carácter General a que se Refiere el Artículo 115 de la

Es así como, entre otras cosas, las instituciones financieras se encuentran obligadas a formar un Comité de Comunicación y Control, mismo que, en general, tiene la tarea de dar seguimiento a la estricta aplicación de las políticas contra el lavado de dinero.³⁴ Asimismo, de entre los miembros del citado Comité, se debe nombrar un oficial de cumplimiento que, entre otras funciones, deberá elaborar y someter a la consideración del Comité, tanto las políticas de identificación y conocimiento del cliente, como las de identificación de los usuarios, así como los criterios, medidas y procedimientos que se requieran para el debido cumplimiento de estas disposiciones y de dichas políticas.³⁵

Los sujetos obligados deben impartir “cursos al menos una vez al año, los cuales deberán estar dirigidos especialmente a los funcionarios y empleados que laboren en áreas de atención al público o de administración de recursos, en los que se contemplen, entre otros aspectos, las políticas de identificación y conocimiento del cliente; las de identificación de los usuarios”³⁶ y “[l]a difusión de las presentes disposiciones y de sus modificaciones, así como de información sobre técnicas, métodos y tendencias para prevenir, detectar y reportar operaciones que pudieran estar destinadas a favorecer”³⁷ al lavado de dinero o al terrorismo. De igual forma, están obligadas a mejorar los criterios de selección al momento de contratar personal; así como a capacitar al personal activo con respecto al tema.³⁸

Además, se establece la obligación de las entidades financieras de contar con sistemas automatizados que desarrollen, entre otras funciones, “la de conservar y actualizar los registros de la información que obren en los expedientes de identificación de clientes”³⁹ o de generar, codificar o encriptar y transmitir, de forma segura a la Unidad de Inteligencia Financiera (en adelante, UIF), por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (en adelante, CNBV), infor-

Ley de Instituciones de Crédito, *Diario Oficial de la Federación*, 3a. sección, martes 28 de noviembre de 2006, p. 1.

³⁴ Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito. Disposición trigésima novena.

³⁵ *Ibidem*, disposición cuadragésima segunda.

³⁶ *Ibidem*, disposición cuadragésima cuarta, fracción I.

³⁷ *Ibidem*, fracción II.

³⁸ Véase *supra passim*.

³⁹ *Ibidem*, disposición cuadragésima sexta, fracción I.

mación relativa a los reportes de operaciones relevantes, inusuales y preocupantes,⁴⁰ así como contribuir al seguimiento y análisis de las posibles operaciones inusuales y preocupantes, sin dejar de considerar al menos, el acceso a los registros históricos de las operaciones realizadas por los clientes, comportamiento transaccional, saldos promedio y cualquier otro parámetro que pueda contribuir al análisis de ese tipo de operaciones.

Para los propósitos del presente trabajo nos enfocaremos en los pilares de la política contra el lavado de activos, así como en las tensiones que derivan de las mismas. Posteriormente, se analizarán algunos de los resultados prácticos derivados de la adopción de dichas reformas para concluir con el mismo.

2. Políticas de identificación y conocimiento al cliente

La Política de Identificación y Conocimiento del Cliente (en adelante PICC) está regulada en los capítulos II y III de las Disposiciones Generales.

Con una naturaleza eminentemente preventiva, el capítulo II requiere a los sujetos obligados a adoptar medidas razonables para obtener información verídica de las personas bajo cuyo nombre se apertura una cuenta o se realiza una transacción. Asimismo, los sujetos obligados, antes de iniciar la relación contractual, deberán formar un expediente con datos suficientes que permitan conocer e identificar al cliente, así como adoptar las medidas con el propósito de que éste se mantenga actualizado.⁴¹

La información que se solicita varía dependiendo del tipo de cliente y la nacionalidad.⁴² Sin embargo, incluye algunos datos comunes tales como el nombre, profesión y domicilio, así como identificaciones personales con foto y firma, válidas al momento de las negociaciones, así como domicilio, estatus migratorio (en caso de extranjeros), la identificación de los representantes legales, así como a los beneficiarios.

La PICC tiene, principalmente, dos funciones: la primera consiste en impedir que criminales ingresen activos ilícitos en el sistema finan-

⁴⁰ *Ibidem*, fracción II.

⁴¹ *Ibidem*, disposición vigésima primera.

⁴² *Ibidem*, disposición cuarta.

ciero y, finalmente, establecer un patrón “cliente —profesión u oficio— perfil transaccional” que les permita formar criterios por medio de los cuales identifiquen si el cliente rompe con su lógico comportamiento transaccional. Un beneficio adicional es que, al adoptarlas, se asisten a sí mismas debido a que, al no permitir el ingreso de activos ilícitos, se disminuyen los riesgos operacionales, legales, reputacionales o de concentración, por lo que dichas medidas se justifican desde un punto de vista prudencial que, a su vez, contribuye con la seguridad, solidez y fortalecimiento de los sujetos obligados y, exponencialmente, a la integridad del sistema financiero.

El capítulo III regula la forma en que los clientes deberán ser clasificados por las instituciones financieras. Esta sección consiste en que una vez que se conoce y se identifica al cliente, se clasifique de acuerdo al riesgo que represente, y en consecuencia se establezca un perfil transaccional,⁴³ del mismo que:

Estará basado en la información que éstos proporcionen a la entidad y, en su caso, en aquélla con que cuente la misma, respecto del monto, número, tipo, naturaleza y frecuencia de las operaciones que comúnmente realizan dichos clientes; el origen y destino de los recursos; en el conocimiento que tenga el empleado o funcionario de la entidad respecto de su cartera de clientes, y en los demás elementos y criterios que determinen las propias entidades.⁴⁴

De tal forma que, a mayor riesgo, las instituciones estarán obligadas a ser más diligentes con respecto a dicho cliente. Además, se le solicitará información adicional a la señalada, y sus operaciones deberán ser rigurosamente supervisadas por la institución.

Para fijar esta clasificación, los sujetos obligados deberán elaborar, discrecionalmente pero sin apartarse de los lineamientos mínimos que establecen las Disposiciones Generales,⁴⁵ criterios razonables para una efectiva PICC y su cumplimiento. Entre los aspectos que las Disposiciones Generales consideran para establecer dichos criterios se encuentran, entre otros: Antecedentes del cliente, origen de los recur-

⁴³ *Ibidem*, disposición vigésima tercera, fracción II.

⁴⁴ *Ibidem*, disposición vigésima cuarta.

⁴⁵ *Ibidem*, disposición vigésima segunda.

sos,⁴⁶ y si puede ser considerado una persona políticamente expuesta (en adelante, PEP).

Personas políticamente expuestas (PEP)

Casos como Raúl Salinas, en México; Pinochet, en Chile; o Montesinos, en Perú, han provocado la adopción de dichas medidas en una escala global cuyo objeto es prevenir casos de corrupción dentro de las esferas de gobierno y con el manejo de los dineros públicos.

En este último caso, las PEP recibirán un trato particularizado, y dependiendo de las circunstancias concretas que deriven del cargo desempeñado por dicho funcionario. Los sujetos obligados podrán establecer quiénes serán considerados bajo esta categoría, y se sugiere, entre otros, a jefes de Estado, políticos prominentes y figuras importantes dentro de los partidos políticos. Altos funcionarios del Poder Judicial y de la Armada y Marina así como directores de empresas estatales. Las Disposiciones Generales establecen que familiares colaterales en segundo grado, compañías con las que el PEP tenga relaciones, así como sus representantes legales⁴⁷ se equiparan a una PEP. Sus operaciones serán siempre catalogadas como de alto riesgo.⁴⁸

Al momento de iniciar una relación comercial con una PEP, se deberá contar, por parte de la entidad financiera, con aprobación a nivel directivo⁴⁹ y deberá contar con un expediente completo y actualizado respecto del mismo. Además, sus operaciones deberán ser estrictamente monitoreadas y en caso de creer que pudiesen estar relacionadas con lavado de activos o terrorismo, deberán reportarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a su detección.⁵⁰

3. El Sistema de Reporte de Operaciones en México (SRO)

De naturaleza eminentemente informativa, el SRO es uno de los aspectos más controvertidos en cuanto a la adopción de medidas contra el lavado de activos toda vez, que, aunque es una excepción a la

⁴⁶ *Ibidem*, disposición vigésima quinta.

⁴⁷ *Ibidem*, disposición segunda, fracción XVI.

⁴⁸ *Ibidem*, disposición vigésima sexta.

⁴⁹ *Ibidem*, disposición vigésima séptima.

⁵⁰ *Idem*.

obligación de confidencialidad derivada del secreto bancario,⁵¹ puede considerarse atentatorio del espíritu del artículo 16 constitucional.

En este orden de ideas, tenemos que el lavado de activos se realiza a través del sistema financiero, luego entonces, los criminales utilizan los conductos establecidos dentro del sistema financiero, escudándose en la confidencialidad y secrecía que éste les proporciona. De esta forma, surge la pregunta, ¿cómo hacer para que la Procuraduría General de la República (en adelante, PGR) se dé cuenta de la existencia de dicha conducta si el sistema financiero le cobija a través del secreto bancario? Obviamente, la respuesta fue establecer la obligación de que los sujetos obligados a las Disposiciones Generales reporten las operaciones de sus clientes. Sin embargo, si las instituciones se encuentran obligadas a guardar el secreto bancario y al mismo tiempo están obligadas a asistir en la persecución del delito, ¿cómo hacer que las instituciones, al reportar, no sean responsables civil o penalmente con respecto al cliente? Pues, como corolario se creó el SRO, mismo que no acarrea responsabilidad alguna con respecto a los sujetos cuyas transacciones sean reportadas.⁵²

El SRO consiste en que las instituciones financieras estarán obligadas a reportar, desde luego sin enterar al cliente sobre su incorporación en dichos reportes,⁵³ toda operación que, de acuerdo con los criterios establecidos en la PICC, pueda estar relacionada con actividades concernientes al lavado de activos. Todo reporte, en caso de Bancos y Sofoles, se hará por medio de la CNBV.⁵⁴

Los partidarios de dicho sistema argumentan que éste contribuye a desarrollar buenas costumbres y construye una respuesta comunitaria al crimen.⁵⁵ A contrario *sensu*, sus detractores argumentan que dicho sistema no solamente es costoso sino que, además, produce un nivel muy alto de exposición de los usuarios del sistema financiero. Más aún, los resultados parecen ser limitados como se verá más adelante dentro del presente trabajo.

⁵¹ Véase *supra* nota 6. Además, *ibidem*, disposición cuadragésima octava.

⁵² Ley de Instituciones de Crédito, artículo 115.

⁵³ Disposiciones Generales. Disposición cuadragésima séptima.

⁵⁴ *Ibidem*, disposición segunda, fracción III, y disposición cuadragésima novena.

⁵⁵ Hall, M. R., "An Emerging Duty to Report Criminal Conduct: Banks, Money Laundering, and the Suspicious Activity Report" (1995-1996), 84 *Ky. L.J.*, 643, 662.

A. Tipos de reporte de operaciones

De acuerdo con el sistema adoptado por México, existen tres tipos de reportes de operaciones: relevantes, preocupantes e inusuales. El primero se basa en un criterio objetivo, incluyendo aquellos reportes que emiten las autoridades aduaneras con relación al artículo 9o. de la Ley Aduanera por medio de la cual toda persona que salga o ingrese al país con más de diez mil dólares de los Estados Unidos de América deberá declararlo, mientras que las últimas siguen un criterio de carácter subjetivo.

a) *Reporte de Operaciones Relevantes (ROR)*: las instituciones se encontraran obligadas a reportar trimestralmente⁵⁶ toda operación igual o superior, total o estructuradas y con aparentes vínculos, a diez mil dólares de los Estados Unidos de América.⁵⁷ Es así como, respecto a estas operaciones, las Disposiciones Generales siguen un criterio objetivo, ya que no toma en consideración la información recabada mediante la aplicación de la PICC.

A pesar de generar una gran cantidad de reportes que podrían saturar y complicar el trabajo de la UIF, con el fin de que ésta detecte algunas operaciones que pudieran estar vinculadas al lavado de dinero de entre una gran mayoría de operaciones lícitas, el GAFI aún recomienda este tipo de operaciones.

No resulta claro por qué México adoptó este tipo de reportes, ni mucho menos cómo fijo el mínimo para reportar. En la *Gaceta Parlamentaria* del Congreso de la Unión no fue abordada la discusión sobre los tipos de reporte a adoptar, pero sí se citaron, como fundamento general para el tipo de políticas públicas adoptadas e implementadas contra el lavado de dinero, a las recomendaciones del GAFI. No obstante, respecto del mínimo para reportar, éste se encontraba establecido, de la misma manera, en Disposiciones Generales previas.

Además, seguramente se buscó mantener un criterio objetivo para reportar de modo uniforme respecto a toda persona que ingrese al territorio nacional o salga del mismo y lleve consigo cantidades en efectivo, en cheques nacionales o extranjeros, órdenes de pago o

⁵⁶ Disposiciones Generales. Disposición trigésima cuarta.

⁵⁷ *Ibidem*, disposición segunda, fracción XV.

cualquier otro documento por cobrar o una combinación de ellos, misma que está obligada a declararla a las autoridades aduaneras, conforme al artículo 9o. de la Ley Aduanera así como aquél criterio establecido por sus socios comerciales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

b) *Reporte de Operaciones Preocupantes (ROP)*: los sujetos obligados deberán emitir un ROP a más tardar dentro de los treinta días naturales contados a partir de que se detecte el mismo,⁵⁸ respecto de toda actividad, conducta o comportamiento de los directivos, funcionarios, empleados y apoderados respectivos de las entidades que por sus características, pudieran contravenir o vulnerar la aplicación de lo dispuesto en la Ley y las Disposiciones Generales.⁵⁹

Con respecto a este tipo de reporte, se adoptó un criterio subjetivo por lo que, desde luego, dependerá de factores como el estilo de vida del reportado, si es notoriamente superior con respecto a su salario;⁶⁰ o si el reportado frecuentemente interviene en transacciones reportadas como inusuales;⁶¹ o cuando se sospecha que con su conducta pudiese incurrir en actos u omisiones o transacciones que favorezcan al lavado de activos.⁶²

Puede pensarse que —como se dijo respecto de los ROR— los ROP saturan la labor que realiza la UIF y, por tanto, dificultan aún más la búsqueda, detección y procesamiento de las operaciones potencialmente ilícitas que se encuentren entre las millones lícitas que se realizan en el sistema financiero mexicano. Sin embargo, durante 2006 la UIF recibió 190 reportes de este tipo, lo que representó un escaso 0.004 del total de operaciones reportadas. Más aún, los ROP pueden proveer a la UIF no únicamente de una conducta que, en particular, realice un empleado, en este caso, bancario o de una Sofol, sino que, además, pueden llevar a detectar un conjunto de operaciones que pudieran estar relacionadas con recursos de procedencia ilícita que, de no haber sido enviado un ROP, no habrían sido detectadas o repor-

⁵⁸ *Ibidem*, disposición trigésima octava.

⁵⁹ *Ibidem*, disposición segunda, fracción XIV.

⁶⁰ *Ibidem*, disposición trigésima octava, fracción I.

⁶¹ *Ibidem*, fracción II.

⁶² *Ibidem*, fracción III.

tadas como “relevantes” o “inusuales”. Por ende, creemos, constituyen un complemento adecuado para el resto del SRO.

Finalmente, salvo el caso hipotético en el que una institución financiera colabore con criminales para realizar operaciones con recursos de procedencia ilícita y que, hecho esto, emita un ROP con relación a un empleado de la misma a fin de protegerse contra cualquier sanción, ya penal, ya administrativa, que pudiese derivar de este hecho, creemos que este tipo de reporte promueve una conducta de integridad y compromiso social de las instituciones financieras así como un incentivo para evitar el daño reputacional y los riesgos inherentes a estar vinculados con operaciones financieras ilegales.

c) *Reporte de Operaciones Inusuales (ROI)*. Se define como:

La operación, actividad, conducta o comportamiento que no concuerde con los antecedentes o actividad conocida o declarada por el cliente, o con su patrón habitual de comportamiento transaccional, en función al monto, frecuencia, tipo o naturaleza de la operación de que se trate, sin que exista una justificación razonable para dicho comportamiento, o bien, aquélla que por cualquier otra causa los sujetos obligados consideren que los recursos pudieran estar destinados a favorecer, prestar ayuda, auxilio o cooperación de cualquier especie para la comisión de lavado de dinero o terrorismo.⁶³

Al igual que el ROP, un ROI debe reportarse a más tardar dentro de los treinta días naturales contados a partir de que se detecte el mismo.⁶⁴ Además, se sigue un criterio subjetivo en la obligación de reportar. Al enviar un ROI, los sujetos obligados deberán considerar, por ejemplo, algunas de las siguientes circunstancias: las condiciones específicas, antecedentes y clasificación de cada uno de sus clientes, su actividad profesional, giro mercantil u objeto social correspondientes;⁶⁵ los tipos, montos, frecuencia y naturaleza de las operaciones que comúnmente realicen sus clientes y la relación que guarden con los antecedentes y la actividad económica conocida del cliente;⁶⁶ los montos inusualmente elevados, la complejidad y las modalidades no

⁶³ *Ibidem*, disposición segunda, fracción XIII.

⁶⁴ *Ibidem*, disposición trigésima quinta.

⁶⁵ *Ibidem*, disposición trigésima sexta, fracción I.

⁶⁶ *Ibidem*, fracción II.

habituales de las transacciones que realizan los clientes y/o usuarios, y finalmente,⁶⁷ cuando los clientes o usuarios se nieguen a proporcionar los datos o documentos de identificación correspondientes con el objetivo de integrar un expediente completo o cuando se detecte que presentan información apócrifa.⁶⁸

Otros ejemplos de conductas que pueden llevar a una institución a reportar, se presentan cuando los clientes o usuarios intenten sobornar o intimidar al personal de las entidades, con el propósito de lograr su cooperación para que se realicen actividades u operaciones inusuales o se contravengan las Disposiciones Generales,⁶⁹ otras normas legales o bien los criterios, medidas y procedimientos de la entidad en la materia; asimismo, cuando las operaciones que los clientes o usuarios pretendan realizar, involucren a países jurisdicciones en los cuales la legislación mexicana considera que aplican regímenes fiscales preferentes, o bien, a juicio de organismos internacionales de los que México sea miembro, no cuenten con medidas para prevenir, detectar y combatir operaciones con recursos de procedencia ilícita, o el terrorismo y su financiamiento, o bien, cuando la aplicación de dichas medidas sea deficiente.⁷⁰

Las entidades deberán examinar los antecedentes y propósitos de las operaciones que hayan sido presentadas al Comité,⁷¹ expresando por escrito los resultados de dicho examen que deberá estar a disposición de la SHCP y la CNBV por lo menos durante diez años contados a partir de la celebración de aquéllas,⁷² lo que, a su vez, es consistente con el deber, a cargo de los sujetos obligados de archivo y conservación de documentos, tal y como se verá más adelante en el presente trabajo. El hecho de que la persona sea reportada, no constituye presunción alguna de la comisión de algún tipo penal. Igual-

⁶⁷ *Ibidem*, fracción III.

⁶⁸ *Ibidem*, fracción VI.

⁶⁹ *Ibidem*, fracción VII.

⁷⁰ *Ibidem*, fracción X.

⁷¹ La disposición trigésima novena, fracción VI, faculta al Comité de Comunicación y Control la dictaminación sobre cuáles operaciones califican como inusuales y preocupantes.

⁷² Disposiciones Generales. Disposición trigésima sexta.

mente, los sujetos obligados no serán responsables con respecto a los clientes.⁷³

No es claro por qué México denominó a éstas como “inusuales” y no “sospechosas” como en muchas otras jurisdicciones, una razón puede ser que —como *Stessens* sugiere respecto del sistema de reporte de Holanda— se buscó que fuese la UIF quien determinara el carácter de “sospechosas”, mediante su remisión a la PGR y no las instituciones financieras.

La razón para adoptar e implementar este tipo de reportes es que las instituciones financieras están en una posición privilegiada para evaluar si la operación pudiese estar relacionada con recursos de procedencia ilícita. Igualmente, este tipo de reportes reducen, en gran medida, el número de operaciones que son enviadas a la UIF así como los costos de implementación a cargo de los sujetos obligados.

Finalmente, los ROP y ROI, tipos de reporte con una orientación subjetiva, resultan mucho más eficientes, en cuanto a su fin, en relación a aquéllos con orientación objetiva, como los ROR. Creemos que estos últimos únicamente encontraron su justificación en 2004 en la inclusión de nuevos sujetos obligados al régimen contra el lavado de dinero, como fueron las casas de cambio. Sin embargo, éstos, actualmente, pueden constituir un tipo de reporte que, además de complicar la labor de la UIF en virtud del gran volumen que representan, puede utilizarse para cumplir con una obligación legal por parte de los sujetos obligados y no como un mecanismo de efectiva prevención de lavado de dinero en el sistema financiero mexicano.

Este argumento se fortalece aún más si se considera que México no exige a los sujetos obligados en su SRO que se reporte de buena fe. Por tanto, éstos pueden no ser diligentes al momento de enviar reportes y, solamente, utilizar los ROR para evitar sanciones justificando su cumplimiento con el régimen preventivo contra el lavado de dinero mediante los mismos. Cabe agregar que exigir diligencia o buena fe en la obligación de reportar no atenta contra el espíritu de las políticas contra el lavado de dinero. Claros ejemplos en Latinoamérica, como en Chile, mediante la ley 19.913, o en Brasil, mediante la Resolución número 10 de noviembre 19 de 2001 emitida por la

⁷³ *Ibidem*, disposición cuadragésima octava.

COAF (Unidad de Inteligencia Financiera), únicamente protegen a los sujetos obligados de cualquier responsabilidad derivada del reporte de operaciones, cuando éstas lo hagan de buena fe obligando con ello a un monitoreo más diligente.

B. *La Unidad de Inteligencia Financiera (UIF)*

Ahora bien, es fácil imaginar que la PICC y el SRO son positivas y que pueden contribuir a identificar la posible comisión de delitos. Sin embargo, tomando en consideración el tamaño del sistema financiero, debemos pensar cuántos reportes se originarán y cómo hacer para que solamente aquéllos que sean realmente sospechosos sean remitidos a la PGR.

De esta forma se creó la UIF que es una institución dependiente de la SHCP que sirve de filtro con el fin de prevenir el flujo masivo de reportes a la PGR. Esta institución tiene la tarea de recibir, analizar y, en su caso, disseminar reportes de inteligencia a la PGR y a UIF de otros países del mundo vía una asociación conocida como “The Egmont Group”.⁷⁴ De igual forma, la UIF puede querrellarse ante la PGR por las conductas que pudieran favorecer, prestar ayuda, auxilio o cooperación de cualquier especie para la comisión de los delitos de terrorismo y su financiamiento, o de operaciones con recursos de procedencia ilícita, allegándose los elementos probatorios del caso.⁷⁵ En conjunto, con los ROP, ROI y ROR, la UIF también recibe y analiza la información contenida en los reportes derivados de la obligación que tiene toda persona de declarar en aduana, al momento de ingresar o salir del México, traer consigo diez mil dólares o más de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional.⁷⁶

Entre sus funciones más destacadas, se encuentra la de expedir tipologías y lineamientos para identificar formas en que el lavado de activos se realice en México.⁷⁷ Cabe señalar que la UIF ha cumplido

⁷⁴ <http://www.egmontgroup.org/>.

⁷⁵ Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (Reglamento SHCP), artículo 15, fracción XIII.

⁷⁶ Reglamento SHCP, artículo 15, fracción VI.

⁷⁷ *Ibidem*, artículo 15, fracción XXIV, con relación a la disposición trigésima sexta de las Disposiciones Generales en las que, para facilitar el proceso de identificación

con esta obligación. Es prudente agregar que la UIF no limita las formas de lavado de dinero a las descripciones que hace la guía que ha emitido, sino que, de igual forma, remite a los sujetos obligados a las tipologías y guías expedidas por otros organismos; asimismo, considera particularmente cada sector dentro del sistema financiero mexicano.

4. *Archivo y conservación de documentos*

Con fines de asistencia, el archivo y conservación de documentos por parte de los sujetos obligados a las Disposiciones Generales, tiene como objeto complementar las dos anteriores obligaciones, es decir, la PICC y el SRO.

Esta obligación consiste en que las instituciones estarán obligadas a preservar los expedientes de identificación, así como cada una de las operaciones realizadas con respecto a una cuenta bancaria por un periodo de, por lo menos, 10 años.⁷⁸ Esta obligación se extiende, igualmente, a las copias de los reportes de operaciones, los cuales deberán ser suficientes para reconstruir la ruta transaccional de una cuenta, de tal forma que, en caso de ser necesaria, pueda servir como medio de prueba en un procedimiento judicial.⁷⁹ Por último, los sujetos obligados deberán revisar anualmente la efectividad de las medidas adoptadas para cumplir con las Disposiciones Generales y sus resultados deberán resguardarse por un plazo no menor a cinco años.⁸⁰

Estas tres obligaciones constituyen los pilares de las políticas contra el lavado de activos en México. Sin embargo, es importante resaltar que no son las únicas medidas que se contemplan dentro de las Disposiciones Generales, sino que hay otras que, igualmente, contribuyen al mejor y más eficiente funcionamiento de las políticas contra el lavado de dinero en general, mismas que han sido mencionadas al inicio de la presente sección.

de operaciones inusuales, la SHCP deberá asesorar regularmente a las entidades, y proporcionar guías, información y tipologías que permitan detectarlas.

⁷⁸ Disposiciones Generales. Disposición quincuagésima tercera, párrafo II.

⁷⁹ *Ibidem*, párrafo I.

⁸⁰ *Ibidem*, disposición quincuagésima cuarta.

V. TEMAS CRÍTICOS DERIVADOS DE LA ADOPCIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LAS POLÍTICAS CONTRA EL LAVADO DE DINERO

Una vez mencionados los aspectos más relevantes respecto de las políticas contra el lavado de activos, pese a lo bien intencionadas, éstas generan, como muchas otras disposiciones jurídicas, tensiones que derivan de la implementación de las mismas, y que someramente resaltaremos.

1. *Derecho a la privacidad*

El primero de estos temas constituye el derecho a la privacidad. La información que obtienen las instituciones financieras al abrir cuentas, así como aquella que se genera a lo largo de la relación comercial, revela mucho más de lo que nos imaginamos. A través de los movimientos bancarios uno puede percatarse de nuestro estilo de vida, de los lugares que frecuentamos así como qué enfermedades tenemos. Más aún, los movimientos bancarios igualmente pueden revelar a qué partido político apoyamos, o qué causas apoyamos.⁸¹

Todo este cúmulo de información posteriormente puede ser reportada, vía la CNBV, a la UIF mostrando algo más que una actividad ilícita en potencia. Por lo que surgen dos temas al respecto: por un lado, cómo garantizar que el nivel de exposición de los particulares cuyas operaciones financieras se reporten no sea excesivo, y por el otro, cómo garantizar el buen uso de las facultades otorgadas a la UIF y la seguridad de la información que se allega.

Sobre este último, y a pesar de que la Ley Federal de Acceso a la Información Pública promueve la protección de dichos datos personales,⁸² y que el Reglamento Interior de la SHCP contempla algunas disposiciones para el manejo y protección⁸³ de los datos, simplemente

⁸¹ Gertz, J. D., "The Purloined Personality: Consumer Profiling in Financial Services", 2002, 39 *San Diego L. Rev.* 943, 944 y 945.

⁸² Ley Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental, artículo 3o., fracción II; artículo 4o., fracción III; artículo 18, fracción II; capítulo IV, artículos 20-26; y artículo 33.

⁸³ Existe la Coordinación General de Calidad y Seguridad de la Información que, entre otras facultades, debe definir, difundir y supervisar el cumplimiento de las nor-

no existe en la legislación mexicana una ley que otorgue mayor seguridad y técnica jurídica con el fin de resguardar la información que las instituciones públicas o aquéllas de naturaleza privada con obligación de reportar al gobierno operaciones financieras de sus clientes.⁸⁴

2. *Costos de implementación*

Igualmente importante es el tema relacionado con los costos de implementación, tanto públicos como privados.

El presupuesto asignado por parte del Estado al combate del lavado de dinero tiene como consecuencia la creación de más burocracia y costos operacionales, ya que el lavado de activos es una actividad compleja y dinámica cuyas técnicas evolucionan a la par de la tecnología, razón por la cual es importante destinar recursos suficientes que, por otro lado, impactan directamente, la asignación de recursos en otras áreas que pueden ser prioritarias para el desarrollo social del país. Por ejemplo, en 2005 la UIF recibió \$37,000,518 pesos mientras que, en 2006, la asignación presupuestal se incrementó en un 57% para el ejercicio fiscal 2006, hasta alcanzar los \$70,711,957 pesos.⁸⁵ En 2007, la partida presupuestal es de \$55,636,155 pesos.

Igualmente, las instituciones obligadas deben adoptar nuevos equipos y sistemas; capacitar a su personal; y, mejorar y reestructurarse

mas, políticas, estándares y procedimientos de calidad y seguridad de la información que promuevan y mantengan la integridad, precisión, confiabilidad, protección y congruencia de la información de la Secretaría, Reglamento SHCP, artículo 15-J. Esta, a su vez, es apoyada por la Coordinación General de Calidad y Seguridad de la Información, en la formulación y establecimiento de políticas y normas aplicables en materia de calidad y seguridad de la información (Reglamento SHCP, artículo 15-I).

⁸⁴ En Canadá, existe "The Personal Information Protection and Electronic Documents Act", y en España, de igual forma, existe la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (*BOE*, núm. 298, 14-12-1999). En México, sin embargo, existe una iniciativa de ley en la materia que aun no se aprueba por el Congreso de la Unión. Véase Iniciativa de la Ley Federal de Protección de Datos Personales, desde 2001.

⁸⁵ Véase Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación 2005. Palacio Legislativo de San Lázaro, octubre de 2004. CEFP/042/2004. Ramo: 06 Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Unidad de Inteligencia Financiera 5 y Presupuesto de Egresos de la Federación 2006, 1o. de enero de 2006. Análisis Administrativo Económico. Ramo: 06 Hacienda y Crédito Público; Clave 110, Unidad de Inteligencia Financiera.

internamente por lo que deben destinar recursos para el combate al lavado de activos con el fin de cumplir con las políticas contra el lavado de dinero. No es difícil concebir que los costos que deben destinar las instituciones privadas repercutan a su vez en el precio de los servicios que ofrecen a sus clientes, ya por vía de una mayor comisión por los mismos o un menor rendimiento del dinero.⁸⁶

Una situación potencial podría ser la de un banco que reporta las operaciones de un cliente. Éste llega hasta la PGR y, a su vez, determina que las operaciones pueden ser constitutivas de delito. Ahora bien, el cliente, quien para defenderse debe contratar los servicios jurídicos de abogados, incurre en gastos de honorarios y las molestias que todo proceso judicial causan. Al final, se resuelve a favor del cliente, es decir, la operación fue lícita. ¿Puede exigir el particular que le restituyan el gasto incurrido si los bancos cumplieron con su deber de reportar con diligencia? ¿Puede exigirse al Estado su pago?

Ahora bien, esto no debe ser una razón para no implementarlas. Sin embargo, sí para cuestionar la efectividad de las medidas para justificar el gasto o para ver de qué forma pueden ser más eficientes.

3. *Transplantación legal*

Pocos investigadores se han enfocado en este tema. La crítica en este sentido consiste en que organizaciones como el GAFI se ha concentrado en la promoción de leyes uniformes sin considerar los lugares donde éstas surtirán efectos.

Más aún, países que destinan pocos recursos a la investigación de estos temas, encuentran en los estándares un medio de justificación para cumplir con políticas, sin realizar estudios sobre el problema en su jurisdicción,⁸⁷ lo que las reduce a una mera formalidad plasmada en leyes. Los Estados son responsables por no investigar a fondo el tema y la realidad dentro de su ámbito territorial. A pesar de esto, el GAFI puede tener mayor responsabilidad si consideramos que siempre está latente el riesgo de ser sancionados si un Estado no implementa las políticas como las sugiere.

⁸⁶ Alford, D. E., "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions", (1994) 19 *N. C. J. Int'l L. & Com. Reg.* 437.

⁸⁷ Magaisa, A. T., "Money-Laundering Laws Must not Violate Rights", *The Independent*, Zimbabwe, enero de 2005.

4. *¿Son suficientes y efectivas las medidas? ¿Sabemos cómo y cuántos activos se lavan en México?*

Respecto del primer punto, es difícil saber qué tan efectivas han sido. El H. Senado de la República ha manifestado su preocupación por el tema⁸⁸ proponiendo reformas o puntos de acuerdo respecto al tema. Además, la situación de violencia que se vive en las calles, derivadas de las luchas internas entre grupos que pertenecen al crimen organizado, así como los múltiples casos de corrupción que, aparentemente, realizan miembros de la clase política y que no son castigados, podrían cuestionar la efectividad de las mismas. A pesar de ello, hay que recordar que las políticas contra el lavado de dinero no deben concebirse como un instrumento aislado o único en el combate a tipos penales, sino como una parte dentro de un esquema integral de lucha contra el crimen organizado y la corrupción de funcionarios públicos.

Respecto de la segunda, no tenemos información uniforme sobre las cantidades que se lavan en México; cifras van y vienen. Se dice que en 2003, alrededor de 24 billones de dólares fueron lavados en México;⁸⁹ otros dicen que alrededor del 20% del PIB en México está vinculado con el crimen organizado; y hay quienes van más allá y sugieren que la economía mexicana caería alrededor del 63% si todo el dinero, sólo del narcotráfico, se retirara del sistema financiero. Ninguna de estas fuentes presenta una metodología por medio de la cual obtuvo dicha información. Sin embargo, no está dentro de las atribuciones de la UIF determinar cuánto dinero se lava en México,⁹⁰ aunque sí realizan esfuerzos constantes para determinar cómo se hace, y para tal efecto, la UIF ha distribuido a las instituciones financieras un documento en donde se identifican nuevas formas para combatir el lavado de dinero.

⁸⁸ Boletín de Prensa 2006/0271, México, D. F., 14 de junio de 2006, Tema: Proyecto de Decreto que Deroga el Párrafo Cuarto y Reforma el Párrafo Quinto, recorriéndose los demás en su orden, del artículo 400 bis del Código Penal Federal.

⁸⁹ "Mexico Finance: 'Vulnerable' to Money Laundering", *EIU ViewsWire*, Nueva York, 14 de junio de 2004.

⁹⁰ Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental, solicitud número 0000600080006, oficio núm. 110/H/153/2006 expedida por la SHCP (24 de mayo de 2006).

5. *Calidad contra cantidad*

En este orden de ideas, y bajo el riesgo de simplificar excesivamente el proceso de análisis del SRO, es necesario recordar que una vez que un Banco o una Sofol remite, a través de la CNBV, un reporte de operaciones, éstos son procesados, analizados⁹¹ y, en su caso, si se induce, derivado del análisis de varios reportes e informes relacionados con la operación reportada, que éstas pueden favorecer o prestar auxilio a la comisión del delito de lavado de dinero o terrorismo, la UIF disemina reportes de inteligencia a la PGR u otras UIFs o, en su caso, se querrela ante la primera.⁹²

Durante 2006, la UIF recibió 5,671,849 reportes de los cuales 56,659 fueron ROI, 190 ROP, 5,615,000 ROR.⁹³ De lo anterior, tenemos que 99.98% del total de los reportes son ROR, y el resto, mismos que probablemente son los que más efectivos resultan en el combate de estos ilícitos, representan escasamente 1.01%. Más aún, la UIF únicamente remitió 37 querellas proactivas y 16 reactivas. Además, emitió 2,081 reportes de inteligencia a la PGR y al SAT, y 70 respuestas internacionales, lo que podría representar un bajo nivel de resultados en comparación con el número de reportes generados. Lo más preocupante es que no se sabe qué tan efectivos resultan los ROR en la práctica, es decir, cuántas querellas o cuántos reportes de inteligencia derivaron del análisis de uno o varios ROR, ROI o ROP.⁹⁴

Esta situación inhibe un análisis más preciso respecto de uno de los pilares de las políticas contra el lavado de dinero. Razón por la cual es necesario cuestionar el sistema por medio del cual la UIF recolecta datos e información en este particular, con el fin de poder establecer mecanismos que hagan más eficiente la lucha contra estos delitos desde el punto de vista financiero.

⁹¹ Reglamento SHCP, artículo 15-D, fracción II.

⁹² *Ibidem*, artículo 15-F, fracción II.

⁹³ Unidad de Inteligencia Financiera. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Estadísticas.

⁹⁴ Instituto Federal de Acceso a la Información Pública Gubernamental, *op. cit.*, nota 90.

6. *Extensión de las políticas contra el lavado de activos a otros particulares*

Ahora bien, se sabe que el lavado de dinero no solamente se da por medio del sistema financiero, sino que los “lavadores”, de igual forma, utilizan canales no financieros mediante operaciones en efectivo, con la intención de que éstas no sean detectables. A raíz de esto, se han extendido las obligaciones de reportar a otros particulares que pudiesen ser utilizadas para blanquear capitales.

Desde enero de 2006, las actividades desarrolladas por inmobiliarias⁹⁵ y servicios profesionales como abogados, notarios y contadores, entre otros, fueron incorporados al régimen de prevención, detección y combate de conductas relacionadas con lavado de activos mediante la obligación de informar al Servicio de Administración Tributaria de las contraprestaciones recibidas en efectivo en moneda nacional o extranjera, así como en piezas de oro y plata, cuyo monto sea superior a cien mil pesos. De igual forma, se incluyeron las actividades de todos aquellos internacionalmente identificados como “negocios fachada” (*gatekeepers*), por ejemplo, casinos, comerciantes dedicados a la compraventa de metales y piedras preciosas, comerciantes de arte, subastas, casas de empeño, asociaciones de beneficencia.⁹⁶

Lo más destacado es la extensión de dichas obligaciones, vía ingresos, tanto a notarios, abogados y contadores con el fin de que éstos reporten, en virtud de estar en una posición única para la identificación de criminales. Sin embargo, cabe recordar que la divulgación de la información que se adquiere con motivo del empleo está sancionada por el Código Penal Federal, más aún tratándose de personas que se alleguen la misma derivado de una prestación de un servicio profesional.⁹⁷

Desde luego que este es un tema que merece más atención, ya que pone en riesgo la confidencialidad de la relación profesional entre el prestador de servicios y el cliente.

⁹⁵ Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR), artículo 154 ter.

⁹⁶ LISR, artículos 86 XIX, 97 VI, 133 VII y 145 V.

⁹⁷ Código Penal Federal, artículos 210 y 211.

VI. CONCLUSIONES

En conclusión podemos decir que México hace bien en adoptar políticas para combatir el lavado de activos en el sistema financiero y que éstas no solamente son positivas desde un punto de vista criminal sino que, igualmente, ayudan a fortalecer a las instituciones financieras que, a su vez, contribuyen en la solidez al sistema financiero mexicano. En consecuencia, éstas producen confianza en el país, y por tanto, podrían incidir en la atracción de capitales extranjeros productivos. Por lo cual, generan mejores condiciones de competitividad desde un punto de vista regulatorio.

Sin embargo, no quiere decir que dichas políticas no deban ser revisadas con el fin de obtener una mayor eficacia y eficiencia en el combate al lavado de activos, en particular respecto del funcionamiento del SRO. Además, debe disminuirse el nivel de exposición de los particulares mediante este sistema y fomentarse la debida protección de la información en posesión de los sujetos obligados.

Es indispensable que las instituciones y el gobierno cooperen entre sí con el fin de capacitar correctamente al personal que labora en las instituciones financieras en general, en virtud de que éstos se encuentran en una mejor posición para identificar el momento en que se trata de introducir activos criminales en el sistema financiero. De igual forma, la cooperación internacional en delitos como éstos en los que, normalmente, intervienen más de un país, es vital para una efectiva política contra la delincuencia organizada.