

## El combate al lavado de dinero y la defraudación fiscal

C.P.C. y L. en D. Miguel Á. Santillana Solana  
Doctor en Derecho

Tomamos algunos comentarios de Julio Aspe, en su libro "Lavado de Dinero y Defraudación Fiscal en el Derecho Positivo Mexicano" de reciente publicación:

Moisés Naím escribe que:

"Con motivo de la guerra al terrorismo, los Estados Unidos demandaron a la comunidad mundial la implementación de medidas más estrictas sobre los registros financieros, promoviendo además la desaparición del secreto bancario y que se incautaran los activos de personas sospechosas. La respuesta global fue positiva. El consejo de Seguridad de las Naciones Unidas exigió a los países miembros que penalizaran la recaudación de fondos con fines terroristas y congelaran los activos de los sospechosos de terrorismo".

La instauración de tales medidas, y la consecuente modificación a las legislaciones para prevenir y combatir el lavado de dinero, exigen una reflexión profunda desde el punto de vista jurídico, por su novedad y excepcionalidad.

La llamada "guerra contra el terrorismo" se suma a las actividades que se pretenden combatir según el esquema del lavado de dinero para evitar la transferencia, inversión y ocultamiento de capitales que financien tales actos.

La comunidad internacional ha convenido en adoptar leyes en sus propias jurisdicciones conforme con criterios en que el dinero es objeto de escrutinio, rastreo (*tracking*), monitoreo y seguimiento detallado, a fin de evitar que se destine a actividades ilícitas.

Este seguimiento del dinero por parte de las autoridades también genera información y resultados en materia de recaudación fiscal y persecución de fraude tributario.

De esta forma, los capitales se cuestionan no únicamente en cuanto a su origen lícito o ilícito, sino también en cuanto a su tributación e, incluso, al destino que se les puede dar.

En la antigua Roma se decía *pecunia non olet* (el dinero no tiene olor), lo que significa que el dinero tiene un valor de cambio, con independencia de su origen.

En la actualidad es indudable que *pecunia olet* (el dinero tiene olor), puesto que las autoridades cuentan con diversos medios para "detectar" el olor del dinero y "olfatear el rastro" que deja. Lo primero a fin de dilucidar su origen. Lo segundo, prevenir su destino.

El dinero, así visto, es un factor de riesgo porque puede resultar un medio para propiciar más crímenes.

Por eso la legislación impone un deber de cautela y sospecha sobre las operaciones financieras. Este deber se configura cada vez más como un derecho *anti-insecuritas*, que



pretende combatir la inseguridad y castigar personalmente aun antes de que se cometa delito.

La investigación del origen del dinero y rastreo de las transacciones financieras hoy en día no sólo es retrospectiva, si no también prospectiva.

En este sentido, el GAFI observa que en nuestro país las investigaciones en materia de lavado de activos son reactivas, no proactivas: "El Lavado de Activos no es investigado o no perseguido penalmente de manera proactiva y sistemática, si no de manera reactiva, caso por caso".

La legislación impone la obligación de cuestionar el origen del dinero, facultando a entes públicos y privados para imponer medidas y sanciones, que en algunas ocasiones tienen la esencia de penas propiamente dichas ante la expectativa de una conducta delictiva. Conducta que quizá jamás se presente.

En estos casos, el orden jurídico se aleja de los principios garantes de los derechos humanos y es sustituido por un derecho penal del enemigo, también llamado derecho penal de prevención, derecho penal del autor, derecho penal autoritario o derecho penal de excepción, entre otras denominaciones y según el enfoque que cada corriente o académico le confiera.

Este derecho penal de excepción se justifica por un discurso del riesgo y seguridad.

De este modo, en lo que respecta al flujo de dinero y transacciones económicas se imponen hoy a los ciudadanos más que antes; lo que se justifica para prevenir peligros. Paralelamente, el Estado ejerce una intervención más rigurosa sobre el sector financiero para reportar operaciones que resultaran riesgosas.

Esta dinámica influye también en el mundo fiscal, pues la deducibilidad de los ingresos depende de requisitos tributarios ajenos al propio contribuyente y características que debe reunir un tercero con el que contrata. Esto implica una obligación de cuidado de hechos ajenos.

En este paradigma existe una tendencia a la desaparición del papel moneda y a la bancarización de todos los movimientos de capital e ingresos de las personas, los cuales quedan registrados de manera electrónica, y por ende son rastreables.

El dinero es perseguible y geolocalizable. Resulta más fácil su escrutinio y fiscalización. Es analizado y cuestionado al margen del conocimiento de su dueño y fuera de facultades de comprobación o de procedimiento legalmente notificado.

En estos casos la audiencia previa y otras garantías constitucionales, como la inviolabilidad domiciliaria y la privacidad de los libros y papeles en que consta la contabilidad, desaparecen.



Con la reforma tributaria que entró en vigor en nuestro país el 1 de enero de 2014 se consolidó una fiscalización electrónica que se registra en las computadoras y bases de datos de las autoridades hacendarias, mas no en el domicilio fiscal.

El legislador ha permitido que se realicen auditorías sin mediar las formalidades que para revisar la contabilidad establece el artículo 16 constitucional, lo cual indudablemente viola la privacidad domiciliaria y los derechos humanos relativos a la intimidad.

Las nuevas tecnologías que el Estado implementa para rastrear los movimientos financieros a través del sistema bancario permiten a la llamada inteligencia financiera la detección de determinados sucesos que, según el criterio subjetivo o interés particular, pueden inferir que obedece a una operación con recursos de procedencia ilícita o que es producto de la defraudación fiscal, o bien de cualquier otro delito.

La calificación de infracción administrativa o delito parte de un presupuesto en que el dolo se supone de *facto*. La presunción de inocencia es muy relativa y se instaura un procedimiento inquisitorial, donde *a priori* se determina la peligrosidad del autor y se desencadenan infinidad de medidas de coerción directa en las que se anticipan las penas y se prejudicializa la comisión de uno o varios delitos.

Esto cobra capital importancia en la relación existente entre el lavado de activos y la defraudación fiscal, puesto que en nuestro país el legislador ha dispuesto que se presume cometida la segunda, cuando existan ingresos o recursos que provengan de operaciones con recursos procedencia ilícita. Lo anterior se argumenta a través de un discurso de riesgos y peligros a evitar.

La comunidad justifica ciertas medidas extraordinarias en aras de evadir riesgos y peligros; en consecuencia, se convierte en lo que algunos autores denominan la sociedad del riesgo.

#### BIBLIOGRAFIA

ASPE. Julio. "*Lavado de dinero y defraudación fiscal en el Derecho Positivo mexicano*". Editorial Porrúa. CDMX, 2019. Págs. 17 a 19



C.P.C. y L. en D. Miguel A. Santillana Solana  
Doctor en Derecho