

BANCO DE MÉXICO Y SUS FACULTADES RESPECTO DE LAS INSTITUCIONES DE TECNOLOGÍA FINANCIERA EN MATERIA DE CRIPTOACTIVOS

MEXICAN CENTRAL BANK AND ITS REGULATION FACULTIES ON THE FINANCIAL TECHNOLOGY INSTITUTIONS RELATED TO CRYPTOCURRENCIES

Valentín Ibarra Melero*

Ernesto Silva González**

Resumen

La tecnología Blockchain ha sido, sin duda, uno de los avances más disruptivos en el sector financiero, cuya aplicación en el ámbito de los criptoactivos ha generado que diversos gobiernos alrededor del mundo se hayan dado a la tarea de emitir normatividad que regule su uso.

* Valentín Ibarra es licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana (1994-2004), en donde también ha cursado la Especialidad en Derecho Fiscal (2004-2005) y Maestría en Derecho Fiscal (2011-2012). Ha desempeñado su práctica profesional en Chevez, Ruiz, Zamarripa y Cía desde 2004, donde actualmente es socio, con especialización en litigio fiscal y administrativo, incluyendo el derecho de la tecnología financiera ("Fintech", materia que imparte en la Universidad Iberoamericana). Es miembro del comité fiscal de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, A. C. y de la Asociación Mexicana Fintech. Ha publicado diversos artículos en revistas nacionales e internacionales especializadas, entre otros medios, incluyendo diversos libros.

** Ernesto Silva cursó la Licenciatura en Derecho en la Universidad Panamericana (2013-2018), y desde 2015 ha desempeñado su práctica profesional en Chevez, Ruiz, Zamarripa y Cía, con especialización en litigio fiscal y administrativo en diversos sectores.

Fecha de recepción: 2 de agosto de 2019.

Fecha de aceptación: 9 de diciembre de 2019.

En este contexto fue publicada en México la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera que, entre otras cuestiones, regula la constitución y operación de las Instituciones de Financiamiento Colectivo e Instituciones de Fondos de Pago Electrónico, así como la facultad de estas entidades para utilizar criptoactivos.

A través de dicho ordenamiento, el legislador buscó proporcionar un marco regulatorio general amplio y flexible, que permite a las autoridades supervisoras en el sector como lo son la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y el Banco de México, la emisión de la normatividad secundaria que regule los aspectos técnicos de la Ley, dentro del marco de esta última.

Ello dio lugar a que el 8 de marzo de 2019 el Banco de México haya emitido la circular 4/2019 aplicable a las Instituciones de Crédito e Instituciones de Tecnología Financiera, a través de la cual restringió severamente el uso que dichas entidades pueden dar a los activos virtuales.

Las restricciones contenidas en dicha circular resultan ilegales e inconstitucionales, pues contravienen lo establecido por el legislador en la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera y viola en perjuicio de dichas instituciones los derechos fundamentales de legalidad jurídica, progresividad, libertad de trabajo, rectoría económica del Estado, desarrollo integral, de seguridad jurídica entre otros, con lo cual, el Banco de México excede por mucho sus facultades.

Palabras clave: Banco de México, tecnología financiera, fintech, criptoactivos.

Abstract

One of the most disruptive technologies in the financial sector has been the Blockchain technology, whose application related to cryptocurrencies has caused several governments around the world to issue regulation controlling their use.

In this context, in Mexico was published the “Fintech Law”, which among other things, regulates the operation of Crowdfunding and Electronic Money Institutions, as well as the use of cryptocurrencies by such entities.

Through the Fintech Law, the Mexican Congress intended to provide a general and flexible framework, while the Mexican government supervising entities of this sector such as the Mexican Ministry of Finance, the Mexican Banking and Securities Commission and the Mexican Central Bank would be responsible for the issuing of secondary regulation concerning the technical aspects of the Law, within the aforementioned framework established by it.

On March 8, 2019, the Mexican Central Bank issued the Ruling Letter 4/2019 aimed at Banking, Crowdfunding and Electronic Money Institutions, through which the use of cryptocurrencies by such entities was heavily restricted.

The measures adopted by the Central Bank are illegal and unconstitutional, since they contravene the Fintech Law and infringe several fundamental and principles con-

tained in the Constitution and International Treaties, such as the principles of legality, legal certainty, non-regression, integral development, proper economic guidance, and the right to work, among others, through which the Mexican Central Bank exceeds its legal powers

Keywords: *Mexican Central Bank, financial technology, cryptocurrencies.*

I. Nota introductoria

Los avances tecnológicos han dotado a la industria financiera de un dinamismo nunca antes visto. Una de las tecnologías que ha generado mayor disrupción en el sector es la tecnología Blockchain, cuya capacidad para procesar transacciones de una manera más segura, rápida y menos costosa ha causado un cambio de paradigma en la manera en la que tanto empresas como particulares conciben la prestación de servicios financieros.

Posiblemente la aplicación más conocida de la tecnología Blockchain son los criptoactivos (también conocidos como criptomonedas o activos virtuales) que han sido utilizados como un medio de pago alternativo a las monedas fiduciarias, sobre todo para la realización de operaciones en el cada vez más relevante mercado del comercio electrónico.

El hecho de que los criptoactivos puedan ser utilizados como un medio de pago en sustitución del dinero fiduciario (también conocido como “fiat”) y que para el procesamiento de aquellas transacciones que los involucren tecnológicamente resulte innecesaria la participación del sistema financiero tradicional, ha generado un grado considerable de preocupación entre los bancos, otras entidades del sistema financiero tradicional, y entidades gubernamentales.

Es por ello que distintos Estados alrededor del mundo se han enfrentado al desafío de emitir regulación que proteja al público participante en este tipo de transacciones, así como la estabilidad de sus sistemas financieros, y en la medida de lo posible, que no restrinja en exceso y, por ende, sofoque un sector con tal potencial de innovación como lo es el sector de la tecnología financiera, también conocido como “Fintech”.

México no ha sido la excepción, y con la publicación de la Ley Fintech, los legisladores buscaron regular la prestación de servicios financieros a través de esquemas innovadores como aquellos utilizados por las instituciones de financiamiento colectivo e instituciones de fondos de pago electrónico y, por supuesto, el uso de criptoactivos.

Si bien la Ley Fintech emitida por el Congreso mexicano ha sido un paso en la dirección correcta, pues constituye un esfuerzo regulatorio amplio y flexible, la falta de comprensión de estas nuevas tecnologías ha ocasionado que la regulación secundaria y, en especial, la Circular 4/2019 emitida por el Banco de México, imponga cargas y severas restricciones a las operaciones de las instituciones antes señaladas y, específicamente, al uso de criptoactivos por parte de las mismas, perdiendo de vista que dichas limitantes resultan contrarias a los objetivos de la Ley Fintech y, lo que es más grave

aún, a diversos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y Tratados Internacionales.

II. Antecedentes del sector “Fintech” y de los criptoactivos

Pocos sectores de la economía han sufrido cambios tan significativos en los últimos años como la industria financiera. Tanto empresas como particulares han aprovechado los avances tecnológicos para transformar la manera en la que prestan los servicios financieros, creándose modelos de negocio disruptivos en la banca y en los sectores de inversión (plataformas de financiamiento colectivo), procesamiento de pagos (plataformas de fondos de pago electrónico), seguros, entre muchos otros, a lo cual se denomina genéricamente tecnología financiera o “Fintech” (*Financial Technology*).

El término Fintech en consecuencia, se refiere a todas aquellas empresas que “ofrecen productos y servicios financieros, haciendo uso de tecnologías de la información y comunicación, como páginas de internet, redes sociales y aplicaciones para celulares. De esta manera, prometen que sus servicios sean menos costosos y más eficientes que los que ofrecen la banca tradicional”.¹

Según la Asociación Fintech de México, dentro de los servicios financieros que actualmente las empresas Fintech prestan se encuentran los servicios de procesamiento de medios de pago y transferencias, infraestructura para servicios financieros, finanzas personales y asesoría financiera, financiamiento colectivo, *insurtech* y de otorgamiento de créditos.²

Una de las tecnologías financieras que ha generado mayor disrupción en el sector ha sido la tecnología Blockchain, concebida por primera vez por Stuart Haber y W. Scott Stornetta en 1991 y aplicada originalmente en un sistema informático por Satoshi Nakamoto en 2009 a partir de la publicación de “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”.

Blockchain es un sistema informático que hace posible la creación de un registro de transacciones distribuido, compartiéndolo en una red integrada por partes independientes.³ Los sistemas Blockchain se comprenden de tres partes:

- a) Boques: Listas de transacciones registradas en un libro mayor.
- b) Cadena: Un *hash* que une un bloque a otro.
- c) La Red: Conformada de nodos o computadoras independientes que llevan a cabo el algoritmo a través del cual corre el sistema Blockchain.⁴

¹ Véase “¿Qué son las fintech?”, *Revista Proteja su dinero*, 2017, disponible en: <https://www.condusef.gob.mx/Revista/PDF-s/2017/203/buro.pdf?>.

² Véase “¿Qué es fintech?”, 2019, disponible en: <https://www.fintechmexico.org/qu-es-fintech>.

³ Laurcence, Tiana, *Blockchain for Dummies*, New Jersey, John Wiley & Sons, Inc, 2017, p. 7.

⁴ *Ibidem*, p. 10.

Medularmente, Blockchain proporciona un sistema descentralizado que utiliza el consenso entre los usuarios o nodos de dicho sistema para procesar transacciones sin la necesidad de contar con un intermediario o tercero de “buena fe” que certifique la validez de la información contenida en las transacciones que se lleven a cabo.⁵

Esto es, para que en un sistema tradicional exista confianza entre los usuarios participantes, es necesario que en la realización de cualquier transacción se cuente con un tercero de buena fe que avale cuestiones como la identidad de los participantes, la transmisión de la propiedad de bienes y servicios, entre otras.

Por ejemplo, en el sistema bancario de procesamiento de pagos, los terceros de buena fe lo constituyen los bancos, quienes validan los saldos iniciales y finales de las cuentas que participan en una determinada transferencia bancaria, así como los propietarios de los fondos depositados en dichas cuentas.

Sin embargo, en un sistema Blockchain resulta innecesaria la participación de un tercero de buena fe, ya que los propios usuarios, al contar con los registros relacionados con la operación, pueden verificar su autenticidad y realizar la anotación correspondiente en las cadenas de bloques.

Originalmente, con la tecnología Blockchain se buscó crear un sistema de pagos electrónico que hiciera posible el comercio entre particulares sin la necesidad de contar con la participación de ningún tipo de institución financiera centralizada. Dicho sistema fue ideado para funcionar de manera completamente independiente de agentes externos, al grado de que utiliza como medio de cambio su propia moneda criptográfica (Bitcoin).⁶

El sistema creado por Satoshi Nakamoto fue el primero en utilizar criptoactivos como medio de pago, convirtiéndose en el primer eslabón de una larga cadena de innovación que ha resultado, al día de hoy, en la creación de miles de tipos diferentes de criptoactivos, aunque actualmente, la tecnología Blockchain es útil para múltiples aplicaciones que de ninguna manera se encuentran limitadas al ámbito de los criptoactivos.

Un criptoactivo puede entenderse en sus términos más amplios como “un activo digital que es construido para funcionar como medio de pago, con base en tecnología criptográfica que protege el flujo transaccional y controla la creación de unidades de medida adicionales”.⁷

Sin embargo, no todos los criptoactivos persiguen el mismo objetivo ni comparten las mismas características, por lo que éstos pudieran tener fines diversos al de fungir como medios de pago.

Por ejemplo, criptoactivos como el Bitcoin, Ripple, Dash e IOTA cuentan con un protocolo que limita su emisión a cierto número, por lo que el valor de dichos criptoactivos se determinará partiendo de la relación existente entre su aceptación y uso por parte del público en general (demanda) y su número limitado (oferta); no obstante, existen

⁵ Nakamoto, Satoshi “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, marzo de 2009, disponible en: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

⁶ *Idem*.

⁷ Chonan, Usman W., “Bitcoin: Cryptocurrencies: A Brief Thematic Review”, *SSRN*, 2017, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3024330.

criptoactivos cuya emisión no se encuentra restringida a un número máximo, tal y como sucede con los casos de Ether o Monero.

Por otra parte, ciertos criptoactivos cumplen un propósito específico dentro del sistema en el que son creadas, como sucede en el caso de Ether dentro de la plataforma digital “Ethereum”, en donde es utilizado para la creación y compraventa de aplicaciones, la participación en contratos inteligentes, etcétera.

Incluso existen criptoactivos que utilizan tecnología Blockchain, pero que su emisión no es descentralizada (lo cual pareciera desvirtuar, en un primer momento, el objetivo inicialmente propuesto y, por ello, han sido objeto de críticas por parte de la comunidad Blockchain), como ocurre en el caso de Ripple, cuya compañía desarrolladora Ripple Labs, posee la mayor parte de las “tokens” necesarios para su emisión.

A la fecha, el desconocimiento de la tecnología y funcionamiento de Blockchain y los criptoactivos ha provocado cierto temor en el sistema financiero tradicional y en muchos gobiernos, lo que ha traído diversas consecuencias indeseables como regulaciones excesivas, incorrectas o defectuosas, así como intentos fallidos de regular todos los criptoactivos por igual, a pesar de que su naturaleza y objetivos en muchos casos sean distintos.

La lenta adopción inicial de criptoactivos por parte de los particulares en un principio significó que no existiera mayor necesidad para los gobiernos de emitir normas que regularan su uso. La baja capitalización que existía en Bitcoin durante los primeros años posteriores a su lanzamiento se hace evidente si tomamos en consideración que el 22 de mayo de 2010 fueron necesarias 10,000 Bitcoins para comprar 2 pizzas y, en noviembre de ese mismo año, la capitalización total de Bitcoin alcanzaba apenas el millón de dólares.⁸

Para febrero de 2011 Bitcoin había aumentado su valor inicial de cotización de 1,309.03 Bitcoins por \$1 USD y en mayo de ese mismo año fue lanzado BitPay, un procesador de pagos para comerciantes que deseaban aceptar Bitcoins en lugar de moneda fiduciaria, lo que permitió que dicho criptoactivo pudiera ser utilizado con mayor facilidad como medio de pago.⁹

Menos de un año después, Bitcoin había superado los \$100 USD y BitPay había reportado tener más de 1000 comerciantes utilizando su servicio. Para 2015 se habían consolidado las casas de intercambio de criptoactivos, también conocidos como *exchanges*, que manejaban diariamente millones de dólares en operaciones de compra y venta de Bitcoin, así como criptoactivos de reciente creación como Ether y Litecoin.¹⁰ La capitalización de mercado de criptoactivos a mediados de 2015 ya alcanzaba los 3.89 mil millones de dólares USD, cifra que hoy en día asciende a 328 mil millones de dólares.¹¹

Según un estudio publicado por la Universidad de Cambridge en 2017, el promedio de transacciones diarias en el mundo realizadas con Bitcoin ha subido de 201,595 tran-

⁸ “History of Bitcoin”, 2019, disponible en: <http://historyofbitcoin.org/>.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ CoinMarketCap, “Historical”, 2019, disponible en: <https://coinmarketcap.com/es/historical/>.

sacciones diarias realizadas en el primer cuatrimestre de 2016, a 286,419 transacciones diarias en enero y febrero de 2017, lo que significa un crecimiento del 82% en tan sólo un año.¹² Incluso, actualmente existen distintas empresas como Paypal, Microsoft, Dell, Expedia, Wikipedia Foundation, Greenpeace, Virgin Galactic, entre otras, que aceptan Bitcoin como medio de pago.

Tomando en consideración la creciente importancia de los criptoactivos en la economía global, distintos gobiernos alrededor del mundo comenzaron a emitir regulación con diferentes grados de aceptación o restricción para el uso de criptoactivos. Países como China, Colombia, Indonesia y Tailandia han prohibido el comercio de criptoactivos, mientras que países como Alemania y Japón han reconocido que dichos activos constituyen unidades de cuenta y medios de pago, respectivamente.

En este contexto, el gobierno mexicano a través del Congreso Federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, en conjunto con diversos agentes del sector privado, comenzaron a desarrollar la regulación que atendiera al sector “Fintech”.

III. Regulación del Sector “Fintech” en México

El 9 de marzo de 2018 se publicó la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera o “Ley Fintech”, con lo cual México se convirtió en el primer país en Latinoamérica y uno de los primeros en el mundo en emitir legislación formal dirigida exclusivamente a regular el sector de tecnología financiera.

Según se desprende del propio ordenamiento y sus antecedentes legislativos, la Ley Fintech está basada en los principios de inclusión e innovación financiera, promoción de la competencia, protección al consumidor, preservación de la estabilidad financiera, prevención de operaciones ilícitas y neutralidad tecnológica.¹³

Dicha Ley establece que la supervisión de su cumplimiento y de las disposiciones que de ella emanen corresponderá a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) y al Banco de México, entre otros, en el ámbito de sus respectivas competencias, en términos de la propia Ley y las demás disposiciones jurídicas aplicables.¹⁴

En términos generales, Ley Fintech establece un marco regulatorio para las instituciones de tecnología financiera (ITF), que incluyen a las instituciones de financiamiento colectivo y a las instituciones de fondos de pago electrónico, así como para las operaciones con activos virtuales, las interfaces de programación de aplicaciones informáticas estandarizadas y ciertos esquemas de modelos novedosos.

¹² Hileman, Garrick & Rauchs, Michel, “Global Cryptocurrency Benchmarking Study”, *University of Cambridge Judge Business School*, Cambridge, 2017.

¹³ Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera, artículo 1º.

¹⁴ *Ibidem*, artículo 3º.

1. Regulación de las ITF

El primer tipo de ITF regulado por la Ley Fintech es el de las instituciones de financiamiento colectivo, las se cuales definen como aquellas entidades que se dedican de manera habitual y profesional a poner en contacto a inversionistas y solicitantes, para que éstos últimos obtengan financiamientos de deuda, capital o copropiedad en sus proyectos.¹⁵

Conforme a dicha Ley, tales instituciones podrán realizar las operaciones de financiamiento colectivo de deuda, de capital o de copropiedad, con activos virtuales en los casos y sujeto a los términos y condiciones que el Banco de México establezca mediante disposiciones de carácter general.¹⁶

El otro tipo de ITF lo constituyen las “instituciones de fondos de pago electrónico”, que se dedican a la emisión, redención y transmisión de fondos de pago electrónico, a través de aplicaciones informáticas, interfaces, páginas de internet o cualquier tipo de comunicación electrónica o digital.¹⁷ Se consideran fondos de pago electrónico, en términos generales, los fondos contabilizados en un registro electrónico de cuentas transaccionales que: *i*) queden referidos a un valor monetario equivalente a una cantidad de dinero en moneda nacional o extranjera; o en activos virtuales *ii*) correspondan a una obligación de pago a cargo de su emisor por la misma cantidad de dinero o activos virtuales; *iii*) sean emitidos contra la recepción de una cantidad de dinero o activos virtuales con el propósito de abonar, transferir, o retirar dichos fondos; o bien, *iv*) sean aceptados por un tercero como recepción de la cantidad de dinero o de activos virtuales respectiva.¹⁸

Entre otras actividades, las instituciones de fondos de pago electrónico pueden abrir y llevar una o más cuentas de fondos de pago electrónico por cada cliente, en las que se realicen registros de abonos equivalentes a la cantidad de fondos de pago electrónico emitidos contra la recepción de una cantidad de dinero o de activos virtuales determinados; realizar transferencias de determinadas cantidades de dinero en moneda nacional, extranjera o de activos virtuales; así como entregar una cantidad de dinero o activos virtuales equivalente a la misma cantidad de fondos de pago electrónico en una cuenta de fondos de pago electrónico, mediante el cargo respectivo en dicha cuenta.¹⁹

Asimismo, la ley en análisis señala que las instituciones de fondos de pago electrónico, pueden poner en contacto a terceros con la finalidad de facilitar la compra, venta o cualquier otra transmisión de activos virtuales, comprar, vender o, en general, transmitir activos virtuales por cuenta propia o de sus clientes, entre otras, con lo cual se da sustento legal a los “exchanges”.²⁰

¹⁵ *Ibidem*, artículo 15.

¹⁶ *Ibidem*, artículo 16.

¹⁷ *Ibidem*, artículo 22.

¹⁸ *Ibidem*, artículo 23.

¹⁹ *Ibidem*, artículo 22.

²⁰ *Ibidem*, artículo 25.

Incluso, la Ley Fintech establece que las instituciones de fondos de pago electrónico podrán emitir fondos de pago electrónico referidos a moneda extranjera o activos virtuales, con previa autorización del Banco de México, siempre que se observen los términos y condiciones que éste establezca mediante disposiciones de carácter general.²¹

De conformidad las disposiciones del análisis previo, no queda lugar a dudas que la Ley Fintech permite a las ITF el uso de criptoactivos para múltiples transacciones, estableciendo un marco regulatorio consistente con el objetivo de proteger a los gobernados, así como al sector financiero, y, al mismo tiempo, promover el sector Fintech y la innovación.

2. Regulación de operaciones con activos virtuales

Adicionalmente, la Ley Fintech define a los activos virtuales como “la representación de valor registrada electrónicamente y utilizada entre el público como medio de pago para todo tipo de actos jurídicos y cuya transferencia únicamente puede llevarse a cabo a través de medios electrónicos”.²²

Como se puede advertir, la Ley Fintech no distingue entre las diferentes características y aplicaciones que puede tener cada criptoactivo, sino que prevé una definición general de activos virtuales a partir del uso que se dé a los mismos como medio de pago, por lo que, en principio, podría ser discutible si los criptoactivos que no cumplan con todos los elementos de dicha definición, pudieran ser o no considerados como activos virtuales.

Dicho ordenamiento también señala que las ITF que operen con activos virtuales deberán estar en posibilidad de entregar al Cliente respectivo, cuando lo solicite, la cantidad de activos virtuales de que este sea titular o bien, el monto en moneda nacional correspondiente al pago recibido de la enajenación de los activos virtuales que corresponda.²³

Las ITF que operen con activos virtuales deberán divulgar a sus Clientes los riesgos que existen por celebrar operaciones con dichos activos, informando, cuando menos, que el activo virtual no es moneda de curso legal y no está respaldado por el gobierno federal ni por el Banco de México, así como la imposibilidad de revertir las operaciones una vez ejecutadas, la volatilidad del valor del activo virtual y los riesgos tecnológicos, cibernéticos y de fraude, inherentes a los activos virtuales.²⁴

De lo anterior podemos concluir que, en términos de la Ley Fintech, las ITF pueden llevar a cabo un gran rango de actividades y operaciones con activos virtuales, bajo ciertos parámetros e informando de los riesgos existentes a sus clientes.

²¹ *Ibidem*, artículo 26.

²² *Ibidem*, artículo 30.

²³ *Ibidem*, artículo 31.

²⁴ *Ibidem*, artículo 34.

Asimismo, la Ley establece que las ITF podrán operar con los activos virtuales que sean determinados por el Banco de México mediante disposiciones de carácter general, y en los plazos, términos y condiciones que éste establezca.²⁵

Así, la Ley Fintech regula las operaciones con activos virtuales que realicen las ITF, por lo que el uso que el público general o cualquier entidad no regulada otorgue a dichos criptoactivos, no es objeto de regulación por parte de la Ley Fintech, aunque ello no los exime de cumplir, en las operaciones que efectúen con activos virtuales, con las obligaciones en materia de prevención de lavado de dinero, al ser consideradas actividades vulnerables en términos de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.²⁶

Dicho lo anterior, resulta importante señalar que no fue intención de los legisladores establecer en la Ley Fintech un marco que regulara cada aspecto técnico de las materias antes señaladas y mucho menos restringir el uso de estas nuevas tecnologías, sino su propósito fue establecer un marco general que genere un ambiente financiero seguro pero promotor del crecimiento e innovación en el sector, por lo que las entidades supervisoras debieron emitir regulación secundaria respetando tales objetivos y, sobre todo, en atención a lo establecido por la Ley Fintech.

En efecto, tal y como se advierte de la iniciativa de decreto que dio lugar a la publicación del ordenamiento en análisis, el entonces Ejecutivo Federal reconoció que la sobrerregulación del sector podría tener consecuencias indeseables al mercado financiero y un desincentivo en la inclusión financiera, además de crear barreras que pudieran resultar insuperables para los emprendedores, razón por la cual a efecto de contar con mayor flexibilidad en la regulación y evitar las consecuencias antes señaladas, estableció que la Ley Fintech sólo pretende establecer las bases y una regulación mínima para las instituciones de tecnología financiera, dejando que, con base en los lineamientos del Congreso de la Unión, lo demás se regulara en disposiciones secundarias.²⁷

Así, por mandato del Congreso de la Unión, el Banco de México debía definir las características de los activos virtuales, así como las condiciones y restricciones de las operaciones y demás actos que se pueden realizar con dichos activos, así como establecer las medidas a las que deberán sujetarse las ITF para la custodia y control que sobre los activos virtuales ejerzan al realizar tales operaciones y actos.²⁸

Conforme a esta disposición, el Banco de México, para la determinación de los activos virtuales debía tomar en cuenta, entre otras cosas, el uso que el público dé a los activos virtuales como medio de cambio y almacenamiento de valor, el tratamiento que

²⁵ *Idem*.

²⁶ Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, artículo 17.

²⁷ Peña Nieto, Enrique, "Iniciativa de decreto por el que se expide la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley del Mercado de Valores, la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros, la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia, la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita", Ciudad de México, 2017.

²⁸ Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera, artículo 32.

otros países le den a unidades digitales particulares como activos virtuales, así como los protocolos que permitan generar, identificar, fraccionar y controlar la replicación de dichas unidades.²⁹

Lamentablemente, el Banco de México en un ejercicio excesivo de sus facultades y sobrepasando el marco regulatorio, así como el mandato que le fue señalado en la Ley Fintech, emitió regulación secundaria sumamente restrictiva por lo que hace al uso de criptoactivos por parte de las ITF.

IV. Contenido de la Circular 4/2019 del Banco de México

El 8 de marzo de 2019 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la Circular 4/2019 “Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito e Instituciones de Tecnología Financiera en las Operaciones que Realicen con Activos Virtuales” (“La Circular 4 /2019 de Banco de México”).

En dicha Circular, el Banco de México básicamente restringió cualquier operación externa que las ITF pudieran haber realizado con criptoactivos en términos de la Ley Fintech, argumentando riesgos financieros y legales que, en realidad, a través de una regulación correcta pudieron haberse controlado al igual que se hace con otras cuestiones del propio sector financiero.

Como preámbulo y justificación de dichas restricciones, el Banco de México en la propia Circular refiere medularmente que los activos virtuales se han caracterizado por ser volátiles, costosos para celebrar transacciones y difícilmente escalables.³⁰

Además, señala que existen riesgos para los tenedores de dichos activos, pues la complejidad y la tecnología que los soporta puede tener como consecuencia que los tenedores no conozcan cabalmente los posibles problemas que podrían presentarse y dar lugar a la pérdida de sus recursos.³¹

Asimismo, el Banco de México manifiesta que el uso de activos virtuales conlleva un riesgo importante en materia de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo, debido a la facilidad para transmitir los activos virtuales a otros países, así como la ausencia de controles y medidas de prevención homogéneos en el mundo.³²

Con base en las consideraciones anteriores, el Banco de México concluye que, resulta necesario mantener una distancia sana entre los activos virtuales y el sistema financiero, por lo que su uso deberá limitarse a procesos internos que no conlleven riesgos para el consumidor final de las instituciones que los utilicen.³³

²⁹ *Idem.*

³⁰ Circular 4/2019 “Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito e Instituciones de Tecnología Financiera en las Operaciones que Realicen con Activos Virtuales”.

³¹ *Idem.*

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

Cabe recordar que la Ley Fintech encomendó al Banco de México, como órgano constitucional autónomo encargado de promover el sano desarrollo del Sistema Financiero, la emisión de la regulación secundaria que: *i*) defina las características de los activos virtuales; y *ii*) establezca las condiciones y restricciones de las operaciones y demás actos que se pueden realizar con dichos activos.

Derivado de lo anterior, en la Circular se establecieron las características de los activos virtuales con los cuales las ITF podrán realizar operaciones, a saber: que estos sean unidades de información, unívocamente identificables, incluso de manera fraccional, registradas electrónicamente; que no representen la titularidad o derechos de un activo subyacente o bien, que representen dicha titularidad o derechos por un valor inferior a estos; que existan controles de emisión definidos mediante protocolos determinados, a los que se puedan suscribir terceros; que cuenten con protocolos que impidan que las réplicas de las unidades de información o sus fracciones se encuentren disponibles para ser transmitidas más de una vez en un mismo momento.³⁴

En estos términos, podremos advertir que aquellos criptoactivos que se encuentran dentro de la definición de activos virtuales establecida por la Ley Fintech y que, por lo tanto, se encuentren reguladas por ella, deberán cumplir con las características anteriores para que puedan ser utilizadas por las ITF en sus operaciones.

Ahora bien, en relación con las condiciones y restricciones de las operaciones y demás actos que las ITF pueden realizar con activos virtuales, el Banco de México determinó que las ITF sólo podrán celebrar las operaciones con activos virtuales que correspondan a “operaciones internas” sujeto a autorización.³⁵

Las operaciones internas según lo establecido en la propia Circular, son aquellas actividades que las ITF “realicen internamente para llevar a cabo las operaciones activas, pasivas y de servicios que éstas celebran con sus Clientes o que éstas realicen por cuenta propia...”³⁶, con lo cual, en nuestra opinión, el Banco de México restringe a las ITF de realizar cualquier tipo de operaciones con activos virtuales en transacciones que involucren a terceros externos a la institución, como pudieran ser sus clientes. La restricción general anterior se encuentra prevista de manera específica para los servicios de intercambio, transmisión o custodia de activos virtuales, sobre los cuales las ITF no podrán obtener autorización para prestar de manera directa.³⁷

Asimismo, en la Circular se determinó que las ITF deberán impedir en todo momento que se transmita directa o indirectamente, el riesgo de las operaciones que realicen con activos virtuales a sus clientes.³⁸ Al respecto, el Banco de México aclaró, mediante publicación en su sitio de internet, que no busca restringir el uso de tecnologías como registros distribuidos o cadenas de bloques, en tanto éstas sean utilizadas en el contexto de una operación interna por parte de instituciones financieras o ITF, lo que no impide

³⁴ *Ibidem*, artículo 4°.

³⁵ *Ibidem*, artículo 3°.

³⁶ *Ibidem*, artículo 2°.

³⁷ *Ibidem*, artículo 3°.

³⁸ *Idem*.

según su dicho, que los clientes puedan obtener los servicios relacionados con activos virtuales como el caso de servicios de compra y venta, de empresas distintas a las mencionadas, esto es, empresas que no se encuentren reguladas por la Ley Fintech, mas no así, de instituciones de tecnología financiera.³⁹

En términos de la Circular anterior, el Banco de México se encuentra restringiendo en gran medida las operaciones con activos virtuales que ya permitía la propia Ley Fintech, lo cual implica un ejercicio excesivo de facultades y una violación a diversos principios y derechos fundamentales en nuestro país.

V. Facultades legales del Banco de México para regular criptoactivos

El artículo 25 de la Constitución establece que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, teniendo la obligación de velar por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero para coadyuvar a la generación de condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo; para lo cual, planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, así como, también, llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga la Constitución.⁴⁰

Por su parte, el artículo 28 de la Constitución establece en sus párrafos sexto y séptimo, que el Estado tendrá un Banco Central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración, cuyo objetivo prioritario será el procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Dicho Banco Central, en los términos que establezcan las leyes, se encontrará facultado para regular la intermediación y los servicios financieros.⁴¹

La Ley del Banco de México, al reglamentar el artículo 28 de la Constitución, establece, en sus numerales 24 y 26, que el Banco de México tendrá como objetivos prioritarios procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda, promover el sano desarrollo del sistema financiero y propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos, proteger los intereses del público, entre otros, para lo cual, éste podrá expedir disposiciones cuando tengan por propósito cumplir dichos objetivos.⁴²

La protección a los intereses del público deberá entenderse en el contexto de las facultades constitucionales del Banco de México, referentes a velar por la estabilidad

³⁹ Véase “Sobre los activos virtuales, los riesgos relevantes y el posicionamiento del Banco de México”, 2019, disponible en: <https://www.banxico.org.mx/sistemas-de-pago/sobre-activos-virtuales-rie.html>.

⁴⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 25.

⁴¹ *Ibidem*, artículo 28.

⁴² Véase Ley del Banco de México, artículos 24 y 26.

del sistema financiero y de las finanzas públicas, el soporte para el crecimiento económico, así como la procuración de la estabilidad de la moneda nacional. Esto es, el Banco de México no es el órgano encargado a proteger los intereses del público en el ámbito financiero privado como lo sería la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, sino que su esfera de operación será el ámbito macroeconómico.

Ahora bien, conforme a su marco legal y constitucional, el Banco de México cuenta con la facultad de expedir disposiciones de carácter general, cuando tengan por propósito, entre otras cosas, el sano desarrollo del sistema financiero, el buen funcionamiento del sistema de pagos, y la protección del interés del público, sin perjuicio de las demás disposiciones que los preceptos de otras leyes faculden al Banco a expedir en las materias ahí señaladas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha denominado a este tipo de disposiciones “cláusulas habilitantes” ya que confieren a la autoridad facultades para regular una materia concreta y específica, precisándole las bases y parámetros generales que deberá seguir en su actuación. Dicho órgano ha señalado que la razón por la cual se justifica que el Poder Legislativo dote a funcionarios ajenos a él de atribuciones de naturaleza normativa, consiste en que el Estado no es un fenómeno estático y que la entidad pública (administrativa), al encontrarse cerca de situaciones dinámicas y fluctuantes, adquiere información y experiencia que le permite afrontar las disyuntivas con agilidad y rapidez.⁴³

⁴³ Al respecto, pueden consultarse los siguientes criterios:

“CLÁUSULAS HABILITANTES. CONSTITUYEN ACTOS FORMALMENTE LEGISLATIVOS. En los últimos años, el Estado ha experimentado un gran desarrollo en sus actividades administrativas, lo que ha provocado transformaciones en su estructura y funcionamiento, y ha sido necesario dotar a funcionarios ajenos al Poder Legislativo de atribuciones de naturaleza normativa para que aquél enfrente eficazmente situaciones dinámicas y altamente especializadas. Esta situación ha generado el establecimiento de mecanismos reguladores denominados “cláusulas habilitantes”, que constituyen actos formalmente legislativos a través de los cuales el legislador habilita a un órgano del Estado, principalmente de la administración pública, para regular una materia concreta y específica, precisándole bases y parámetros generales y que encuentran su justificación en el hecho de que el Estado no es un fenómeno estático, pues su actividad no depende exclusivamente de la legislación para enfrentar los problemas que se presentan, ya que la entidad pública, al estar cerca de situaciones dinámicas y fluctuantes que deben ser reguladas, adquiere información y experiencia que debe aprovechar para afrontar las disyuntivas con agilidad y rapidez. Además, la adopción de esas cláusulas tiene por efecto esencial un fenómeno de ampliación de las atribuciones conferidas a la administración y demás órganos del Estado, las cuales le permiten actuar expeditamente dentro de un marco definido de acción, susceptible de control a través del principio de legalidad; en la inteligencia de que el establecimiento de dicha habilitación normativa debe realizarse en atención a un equilibrio en el cual se considere el riesgo de establecer disposiciones que podrían propiciar la arbitrariedad, como generar situaciones donde sea imposible ejercer el control estatal por falta de regulación adecuada, lo que podría ocurrir de exigirse que ciertos aspectos dinámicos se normen a través de una ley”, Tesis P. XXI/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, diciembre de 2003, p. 9.

“CLÁUSULAS HABILITANTES. SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL RESIDE EN LOS ARTÍCULOS 73, FRACCIÓN XXX, Y 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada P. XXI/2003, esgrimió las razones por las cuales se justifica que el Poder Legislativo dote a funcionarios ajenos a él, principalmente insertos en la Administración Pública, de atribuciones de naturaleza normativa (cláusulas habilitantes) para hacer frente a situaciones dinámicas y altamente especializadas. Asimismo, precisó que tales cláusulas tienen la naturaleza jurídica de actos formalmente legislativos por medio de los cuales el legislador habilita a un órgano del Estado para regular una materia concreta y específica precisando un cuadro o marco de acción definido en donde aquél se deberá desenvolver. En ese sentido, la atribución de dichas facultades normativas a través de un acto formalmente legislativo tiene su fundamento en los artículos 73, fracción XXX, y 90 de la Ley Fundamental que prevén, por una parte, la facultad (residual e implícita) del Congreso de la Unión para expedir toda clase de leyes que estime necesarias con el objeto de hacer efectivas las facultades que se le atribuyen y que le son propias, e incluso, para hacer efectivas todas las demás facultades concedidas por el mismo texto constitucional a los Poderes de la Unión y, por otra, que la Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el mismo Congreso, que regulará la distribución de los negocios del orden administrativo y definirá las bases generales de creación de los órganos administrativos”, Tesis 1a.

Asimismo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ejecutoria de la contradicción de tesis 84/2001–SS, ha señalado que las reglas generales administrativas, al ser expedidas con base en una habilitación legal o reglamentaria, se encuentran por debajo de las leyes y los reglamentos, por lo que no pueden derogar, limitar o excluir lo previsto en los mismos y, en todo caso, deben acatar los diversos derechos fundamentales que tutela la Constitución.⁴⁴

En este sentido, de un análisis a lo establecido por los artículos 25 y 28 Constitucionales, en relación con los artículos 24 y 26 de la Ley del Banco de México antes analizados, si bien dicho órgano constitucional autónomo se encuentra facultado para expedir normatividad de carácter general para regular ciertas materias relacionadas con la política económica y monetaria del país, lo cierto es que dicha regulación siempre se encontrará sujeta a lo que dispongan las leyes.

Por ello, si bien el Banco de México cuenta con la facultad de regular el uso de los activos virtuales por parte de las ITF, así como las características que deberán contar con los mismos, las cláusulas habilitantes establecidas en la Ley Fintech no son ilimitadas, pues el órgano constitucional en ningún caso debe derogar, limitar, excluir o de modo alguno modificar las hipótesis normativas previstas en la Ley, con independencia de la finalidad que persiga dicha regulación.

Tomando en consideración lo anterior, es claro que al emitir la Circular 4/2019 el Banco de México excedió sus facultades, pues contraviene lo expresamente previsto en la Ley Fintech, aunado a que sus disposiciones resultan violatorias de diversos derechos fundamentales previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual será materia de análisis en el siguiente apartado.

VI. Ilegalidad e inconstitucionalidad de la Circular 4/2019 del Banco de México

1. Insuficiente justificación de las medidas adoptadas en la Circular 4/2019 del Banco de México

Como se ha mencionado, de la exposición de motivos de la Circular 4/2019 se advierte que la razón principal por la cual el Banco de México restringe las operaciones con activos virtuales por parte de las ITF es en virtud de que los mismos supuestamente se han caracterizado por ser volátiles, costosos para celebrar transacciones y difícilmente escalables, por lo que existen riesgos para los tenedores de estos activos pues, derivado de la complejidad de la tecnología que los soporta, podrían no conocer cabalmente los problemas susceptibles a presentarse y dar lugar a la pérdida de sus recursos.⁴⁵

XXII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro V, t. 1, febrero de 2012, p. 649.

⁴⁴ Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 84/2001-SS, México, 2004.

⁴⁵ Circular 4/2019 “Disposiciones de Carácter General Aplicables a las Instituciones de Crédito e Instituciones de Tecnología Financiera en las Operaciones que Realicen con Activos Virtuales”.

Sin embargo, lo anterior deriva de un aparente desconocimiento por parte del Banco de México del funcionamiento de los activos virtuales, pues las transacciones con este tipo de activos son rápidas y económicas. Es decir, una de las razones por las cuales las operaciones con activos virtuales han sido adoptadas, es su gran eficiencia y bajos costos comparado con las transacciones efectuadas por entidades del sistema financiero tradicional.

Por otra parte, si bien es cierto que algunos activos virtuales son volátiles, ésta es una característica que comparten un gran número de inversiones en valores, activos de negocios y otros instrumentos financieros; sin embargo, en tales casos no se prohibieron ni restringieron dichas operaciones, sino que se regularon para crear un ambiente de inversión seguro, en el que los particulares pudieran tomar decisiones informadas y aceptar diferentes grados de riesgos para obtener un determinado nivel de retorno, lo cual se cumple en el presente caso, a través de regulación que obliga a las entidades participantes de informar los riesgos existentes, tal y como lo establece la Ley Fintech.

En efecto, la Ley Fintech expresamente establece que las ITF que operen con activos virtuales deberán divulgar a sus clientes los riesgos que existen por celebrar operaciones con dichos activos, informando que el activo virtual no es moneda de curso legal y no está respaldado por el gobierno federal ni por el Banco de México. Asimismo, dichas instituciones se encuentran obligadas a informar sobre la imposibilidad de revertir las operaciones una vez ejecutadas, la volatilidad del valor del activo virtual, así como los riesgos tecnológicos, cibernéticos y de fraude inherentes a este tipo de activos.

De lo anterior, se advierte que el legislador ha establecido en la Ley Fintech una serie de medidas para proteger los intereses del público, las cuales, a consideración de los autores, resultan suficientes para asegurar que los clientes de las ITF tomen decisiones informadas y conozcan los riesgos inherentes a la realización operaciones con activos virtuales.

Bajo este orden de ideas, si bien una de las finalidades del Banco de México es salvaguardar los intereses del público, lo cierto es que ello no puede justificar que se restrinja a las ITF de realizar operaciones con activos virtuales con sus clientes, privándoles a éstos últimos de oportunidades de inversión, o de utilizar activos virtuales en la realización de aquellas operaciones financieras que resulten acordes a sus intereses, a través de instituciones reguladas como lo son las ITF o las instituciones financieras.

Esto es, si bien no existe una disposición que expresamente limite al Banco de México en sus facultades de protección a los intereses del público, lo cierto es que ello no significa que sus facultades no se encuentren limitadas bajo el principio de subordinación jerárquica o reserva de ley, así como en atención a la protección de los derechos fundamentales previstos en la Constitución y Tratados Internacionales.

Por otra parte, la Circular de manera infundada pretende justificar la restricción argumentando que los activos virtuales conllevan un riesgo importante en materia de prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita y financiamiento al terrorismo, debido a la facilidad para transferir los activos virtuales a distintos países, así como la ausencia de controles y medidas de prevención homogéneos a nivel global.⁴⁶

⁴⁶ *Idem.*

Sin embargo, contrario a lo señalado por el Banco de México, la tecnología “Blockchain” tiene la capacidad de registrar y dar seguimiento al historial de las transacciones que se llevan a cabo a través de activos virtuales, lo que permitiría a las autoridades financieras rastrear las operaciones que se realicen con dichos activos y, en consecuencia, combatir de manera eficiente el lavado de dinero y financiamiento del terrorismo que pudiera realizarse, a diferencia de lo que sucede con el efectivo.

Incluso, el Banco de México pierde de vista que en nuestro país existe una regulación sumamente estricta en el sector de prevención de operaciones con recursos de procedencia ilícita y financiamiento al terrorismo que, como fue señalado, ya prevé a la realización de operaciones con activos virtuales como una actividad vulnerable consecuencia del riesgo teórico que existe derivado de la posibilidad que permiten los sistemas Blockchain de transferir activos virtuales fuera del sistema financiero.

Dicha regulación permite reducir de manera importante los riesgos en la materia, sin embargo, en caso de no considerarse suficiente, se estima que prohibir las operaciones con activos virtuales podría provocar que las mismas se realicen a través de plataformas no reguladas, nacionales o extranjeras, lo cual en todo caso aumentaría los riesgos existentes en la materia que se desea prevenir.

Por todo lo anterior, es claro que las razones por las cuales el Banco de México justifica la Circular 4/2019 no resultan suficientes para justificar la prohibición de que las ITF realicen operaciones con activos virtuales que no correspondan a operaciones internas.

2. Violación de la Circular 4/2019 al principio de legalidad y reserva de ley

Los artículos 14 y 16 de la Constitución federal contemplan el principio de legalidad jurídica, conforme al cual, todo acto de autoridad debe encontrarse fundado y motivado en una norma legal vigente, la cual a su vez debe ajustarse a lo establecido en la Constitución y a las leyes que de ella emanen.⁴⁷

La fundamentación debe entenderse en el sentido de que los actos de autoridad deben encontrarse amparados por una ley que resulte exactamente aplicable al caso, siendo menester que dicha fundamentación sea además clara y precisa, esto es, la fundamentación está constituida por los preceptos jurídicos que permiten a la autoridad apoyar la procedencia de su actuación en razones legales que se encuentran establecidas en un cuerpo normativo.

Por motivación legal se entiende la conducta que vierte la autoridad, en el sentido de especificar por qué causas considera que una determinada disposición normativa que se cita como fundamento legal en un acto de molestia es aplicable al caso concreto, es decir, el razonamiento lógico jurídico mediante el cual la autoridad adecua la norma legal invocada en el acto de molestia, respecto a los hechos y circunstancias por las

⁴⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículos 14 y 16.

que considera que, en el caso concreto, la misma resulta aplicable a la conducta del particular.

Lo anterior ha sido confirmado por el Poder Judicial de la Federación señalando medularmente que es necesario que exista una perfecta adecuación entre los motivos aducidos y la configuración de éstos en las hipótesis normativas correspondientes, a efecto de considerar que un determinado acto de molestia de la autoridad se encuentra debidamente fundado y motivado en términos del artículo 16 de la Constitución federal.⁴⁸

Uno de los principios que derivan de la concepción de legalidad jurídica es el principio de subordinación jerárquica, conforme al cual, una norma jurídica reglamentaria debe ser precedida por una ley, cuyas disposiciones desarrolle, complemente, detalle y, en la que se encuentra su justificación y medida, sin que resulte válido exceder la disposición a reglamentar, ni mucho menos contravenirla.

Al respecto, la doctrina ha señalado que “el proceso de creación de una norma inferior está previsto en una norma superior, puesto que el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en otra norma. Si éstas son creadas de acuerdo con los procesos previstos en el estrato superior del propio ordenamiento, se está ante reglas válidas”.⁴⁹

Por su parte, Hans Kelsen señala que el orden jurídico “no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano y ordenadas de modo equivalente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas... El Estrato superior jurídico positivo está representado por la Constitución”.⁵⁰

Al respecto, cabe señalar que la Circular 4/2019 del Banco de México se encuentra fundada, entre otras disposiciones, en los artículos 24 y 26 de la Ley del Banco de México, que le otorgan la posibilidad de emitir disposiciones de carácter general, así como en los artículos 16, 30, 32 y 88 de la Ley Fintech.

En términos del principio subordinación jerárquica, en relación con el principio de legalidad jurídica, dicha disposición de carácter general debe ser congruente con lo establecido por la Ley Fintech, pues de lo contrario, el Banco de México se encontraría extralimitando la cláusula habilitante establecida en la misma.

⁴⁸ “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. EL ASPECTO FORMAL DE LA GARANTÍA Y SU FINALIDAD SE TRADUCEN EN EXPLICAR, JUSTIFICAR, POSIBILITAR LA DEFENSA Y COMUNICAR LA DECISIÓN. El contenido formal de la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional relativa a la fundamentación y motivación tiene como propósito primordial y ratio que el justiciable conozca el ‘para qué’ de la conducta de la autoridad, lo que se traduce en darle a conocer en detalle y de manera completa la esencia de todas las circunstancias y condiciones que determinaron el acto de voluntad, de manera que sea evidente y muy claro para el afectado poder cuestionar y controvertir el mérito de la decisión, permitiéndole una real y auténtica defensa. Por tanto, no basta que el acto de autoridad apenas observe una motivación pro forma pero de una manera incongruente, insuficiente o imprecisa, que impida la finalidad del conocimiento, comprobación y defensa pertinente, ni es válido exigirle una amplitud o abundancia superflua, pues es suficiente la expresión de lo estrictamente necesario para explicar, justificar y posibilitar la defensa, así como para comunicar la decisión a efecto de que se considere debidamente fundado y motivado, exponiendo los hechos relevantes para decidir, citando la norma habilitante y un argumento mínimo pero suficiente para acreditar el razonamiento del que se deduzca la relación de pertenencia lógica de los hechos al derecho invocado, que es la subsunción”, Tesis I.4o.A. J/43, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. xxiii, mayo de 2006, p. 1531.

⁴⁹ Álvarez Alcalá, Alil, *Lecciones de derecho fiscal*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2010, p. 33.

⁵⁰ *Idem*, Kelsen, Hans, “La teoría pura del Derecho”, citado por Álvarez Alcalá, Alil en *Lecciones de derecho fiscal*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2010.

No obstante, la Circular restringe a las ITF el derecho que les otorga la Ley Fintech de llevar a cabo un gran número de operaciones con activos virtuales, a pesar de que éstas se encontraban expresa y previamente permitidas.

Lo anterior, cuando la Ley Fintech expresamente prevé en distintos artículos que las ITF pueden realizar operaciones con activos virtuales que de ninguna manera se limitan a operaciones internas, siendo que dichas operaciones, por su propia naturaleza, requieren la participación de terceros externos a las ITF como son sus clientes.

En efecto, como fue detallado anteriormente, la Ley Fintech expresamente prevé que las ITF pueden realizar operaciones con activos virtuales con sus clientes, para lo cual se tienen que encontrar en posibilidad de entregar al cliente respectivo, cuando lo solicite, la cantidad de activos virtuales de que este sea titular.

Asimismo, se prevé que las ITF reciban cantidades de dinero para la celebración de operaciones de compra de activos virtuales.

Adicionalmente, contempla que las ITF que operen con activos virtuales deberán divulgar a sus clientes los riesgos que existen por celebrar operaciones con dichos activos.

Específicamente, para el caso de instituciones de fondos de pago electrónico se prevé la posibilidad de que éstas abran y lleven cuentas de fondos de pago electrónico por cada cliente, emitidos en contra de la recepción de activos virtuales determinados, encontrándose autorizadas para realizar transferencias de dichos activos mediante los abonos y cargos respectivos, o para entregar a sus clientes la cantidad de activos virtuales equivalente a los fondos de pago electrónico que mantengan, en una cuenta de fondos de pago electrónico.

Incluso, las instituciones de fondos de pago electrónico cuentan con la facultad de poner en contacto a terceros con la finalidad de facilitar la compra, venta o cualquier otra transmisión de activos virtuales, sujeto a lo dispuesto en la Ley Fintech.

De lo anterior, se puede advertir con suma claridad que el legislador contempló expresamente en la Ley Fintech diversas operaciones que las ITF pueden realizar, cuya naturaleza no es la de operaciones internas. Tan es así, que obligó a las ITF a comunicar a sus clientes los diversos riesgos que se actualizan con la realización de operaciones con activos virtuales.

Por ello, si hubiese sido voluntad del legislador prohibir que el público general realizara operaciones con activos virtuales con las ITF, entonces ello hubiera sido establecido expresamente en la Ley Fintech.

No obstante, con la Circular 4/2019, el Banco de México impide que las ITF realicen cualquiera de las operaciones antes señaladas, a pesar de que las mismas se encuentran previstas en la Ley Fintech.

Lo anterior, sin que dicha privación haya sido precedida de un juicio ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplieran las formalidades esenciales del procedimiento de conformidad con las leyes expedidas con anterioridad al hecho, por lo que la disposición reglamentaria de referencia es ilegal e inconstitucional por ir más allá de lo establecido por la Ley Fintech, restringiendo derechos previstos en la misma y, por ende, por ser violatoria del principio de legalidad.

En efecto, si bien el Banco de México debe promover el sano desarrollo del sistema financiero y cuenta con facultades para regular los servicios financieros y proscribir las reglas que permitan su debido desarrollo, protegiendo los intereses del público, lo cierto es que, de conformidad con el principio de legalidad, estas facultades habilitantes se encuentran limitadas por las leyes que lo autorizan a emitir disposiciones de carácter general, como lo es, en el caso, la Ley Fintech.

En efecto, las finalidades legales y constitucionales previstas para el Banco de México no resultan suficientes para que dicho órgano constitucional autónomo emita normatividad que resulte contraria o exceda los alcances de la norma habilitante pues en todo caso, las inferiores deben someterse a lo que señalan las normas superiores.

Cabe señalar que la cláusula habilitante otorgada al Banco de México por el legislador en la Ley Fintech únicamente consistió en que este órgano constitucional autónomo definiera las características de los activos virtuales que pueden ser utilizados por las ITF en sus operaciones, así como las condiciones y restricciones de las operaciones que se pueden realizar con tales activos, lo que no implica que esas restricciones puedan tener un alcance a tal grado que prohíban la realización de las operaciones previstas por la propia ley.

Por ello, como fue señalado, el Banco de México se encontraba legal y constitucionalmente impedido para modificar, excluir o derogar lo previsto en la Ley Fintech, lo que tiene como consecuencia que la Circular 4/2019 haya sido emitida de manera contraria al principio de legalidad consagrado en el artículo 14 constitucional, pues su contenido contraviene y excede lo establecido en las normas que lo habilitan para emitir disposiciones de carácter general para regular a los activos virtuales.

3. *Violación al derecho fundamental de libertad de trabajo*

El artículo 5° de la Constitución establece el derecho fundamental a la libertad de trabajo, conforme al cual, a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos, por lo que el ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de terceros o por resolución gubernativa dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.⁵¹

Al respecto, el maestro Ignacio Burgoa, en su libro *Las garantías individuales* señala que la garantía contenida en el artículo 5° de la Constitución federal es “la facultad que tiene el individuo de elegir la ocupación que más le convenga para conseguir sus fines vitales, es la manera *sine qua non*, para el logro de su felicidad y bienestar”⁵².

El maestro Burgoa sostiene que la libertad de trabajo se hace extensiva “a todo gobernado, a todo habitante de la República, independientemente de su condición particular (sexo, nacionalidad, raza, edad, etcétera)”⁵³.

⁵¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 5°.

⁵² Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, Ciudad de México, Porrúa, 2002, p. 311.

⁵³ *Ibidem*, p. 313.

Por su parte, el ex ministro Juventino V. Castro en su libro *Garantías constitucionales y amparo* señala que la “Garantía de Libertad de Trabajo es uno de los primeros derechos del hombre, porque corresponde a uno de sus primeros deberes; importa como todos los derechos del hombre, una condición indispensable de su naturaleza; por consiguiente, la ley que impida el trabajo, que lo restrinja, que le imponga condiciones irracionales, viola los derechos de la humanidad”.⁵⁴

Sobre el particular, a través de la jurisprudencia P./J. 28/99, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha señalado los límites de la garantía de libertad de comercio consagrada en el citado artículo 5º constitucional, estableciendo que existen tres supuestos en los cuales las autoridades pueden restringir el libre ejercicio del comercio siendo estos: *i*) la licitud en las actividades; *ii*) que dichas actividades no perjudiquen los derechos de terceros; *iii*) que no se afecten los derechos de la sociedad en general.⁵⁵

En esos términos, podemos concluir que la garantía contenida en el artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiere a que todo individuo, sin importar su sexo, nacionalidad, raza, edad, etcétera, tiene la libertad para ejercer la profesión, industria, comercio o trabajo, para conseguir sus fines vitales, siendo únicamente restringible esa libertad, cuando no se trate de actividades lícitas, se afecten derechos de terceros o se afecten derechos de una colectividad.

Por otra parte, cabe señalar que en la normatividad internacional también se ha reconocido a la libertad de trabajo como un derecho fundamental.

Tal es el caso del numeral 1, del artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos el cual refiere que toda persona tiene derecho al trabajo, y a la libre elección de éste, en condiciones equitativas y satisfactorias y a la protección contra el desempleo.⁵⁶

Asimismo, el artículo 6º del Protocolo de San Salvador⁵⁷ establece que toda persona tiene derecho al trabajo, teniendo la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa, a través del desempeño de una actividad lícita, libremente escogida o aceptada.

⁵⁴ Castro Juventino V., *Garantías constitucionales y amparo*, Ciudad de México, 1986, Porrúa, p. 78.

⁵⁵ “LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5º., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). La garantía individual de libertad de trabajo que consagra el artículo 5º., primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es absoluta, irrestricta e ilimitada, sino que, con base en los principios fundamentales que deben atenderse, su ejercicio se condiciona a la satisfacción de los siguientes presupuestos: *a*) que no se trate de una actividad ilícita; *b*) que no se afecten derechos de terceros; y, *c*) que no se afecten derechos de la sociedad en general. En lo referente al primer presupuesto, la garantía constitucional cobra vigencia en la medida que se refiera a una actividad lícita, esto es, que esté permitida por la ley. El segundo presupuesto normativo implica que la garantía no podrá ser exigida si la actividad a la que pretende dedicarse la persona conlleva a su vez la afectación de un derecho preferente tutelado por la ley en favor de otro. Finalmente, el tercer presupuesto implica que la garantía será exigible siempre y cuando la actividad, aunque lícita, no afecte el derecho de la sociedad, esto es, existe un imperativo que subyace frente al derecho de los gobernados en lo individual, en tanto que existe un valor que se pondera y asegura, que se traduce en la convivencia y bienestar social, lo que significa que se protege el interés de la sociedad por encima del particular y, en aras de ese interés mayor se limita o condiciona el individual cuando con éste puede afectarse aquél en una proporción mayor del beneficio que obtendría el gobernado”, Tesis P./J. 28/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, abril de 1999, p. 260.

⁵⁶ La Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23.

⁵⁷ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, artículo 6º.

Por último, el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁸ establece que los Estados partes del referido Protocolo, reconocen el derecho al trabajo, el cual comprende el derecho a toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado.

De conformidad con lo anterior, podemos advertir que en la normatividad internacional también se reconoce que el derecho fundamental al trabajo es aquel en que los individuos tienen la oportunidad de elegir libremente los medios para llevar una vida digna y decorosa, en condiciones equitativas y satisfactorias, siendo dichos medios de carácter lícito y, además, se obliga a los Estados a que respeten ese derecho fundamental.

Sin embargo, la Circular 4/2019 restringe el derecho fundamental a la libertad de trabajo, en virtud de que prohíbe a las ITF realizar operaciones con activos virtuales, constituyendo dichas operaciones parte de su ocupación profesional lícita y permitida por la Ley Fintech, sin que en el caso concreto se actualicen los supuestos por virtud de los cuales podrá vedarse el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de trabajo.

En efecto, la Ley Fintech autoriza la realización de operaciones con activos virtuales a las ITF, incluso de naturaleza externa a las propias entidades. Sin embargo, atendiendo a la restricción establecida en la Circular 4/2019 las ITF no podrían dedicarse a la compraventa, intermediación, custodia, transacción y o a la realización de cualquier otra operación con activos virtuales con sus clientes, al no tratarse de operaciones internas.

En este sentido, la Circular 4/2019 claramente se encuentra restringiendo actividades lícitas que las ITF pueden realizar conforme a la Ley Fintech para desarrollar el sector y, a la vez, obtener ingresos, coartando su libertad de trabajo.

De igual forma, es importante señalar que las operaciones realizadas por las ITF con sus clientes no afectan derechos de terceros ni de la colectividad, pues cualquier efecto adverso se generará únicamente en perjuicio de los participantes, considerando que quienes intervienen en tales operaciones lo hacen con pleno conocimiento de los riesgos inherentes a las mismas, pues dichas instituciones incluso tienen la obligación de informarles de los riesgos.

Asimismo, la realización de estas operaciones no tiene como consecuencia una afectación a la colectividad o la inestabilidad del sistema financiero. En caso de considerar lo contrario, lo cual no se acepta, la restricción de un derecho fundamental, como lo es la libertad de trabajo, tendría que haber sido ordenada por un juez competente y no por el Banco de México, por lo que la Circular en análisis es claramente violatoria de derechos fundamentales.

4. Violación al principio de progresividad

El artículo 1° de la Constitución establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los de-

⁵⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 6°.

rechos humanos “de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.⁵⁹

El principio de progresividad implica que todas las autoridades del Estado Mexicano están obligadas a incrementar de manera gradual, la promoción, respeto, y protección de los derechos fundamentales, encontrándose impedidos para adoptar medidas que disminuyan el nivel de protección de estos derechos.

Tal y como lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la tesis de jurisprudencia 2a./J. 35/2019 (10a.) emitida en relación con este punto, “el principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no sólo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos humanos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual...”.⁶⁰

En el presente caso, la Circular restringe de manera injustificada una serie de actividades con activos virtuales que ya se encontraban previamente permitidas de forma expresa por la Ley Fintech, por lo que adopta medidas que, sin justificación constitucional, disminuyen el nivel de protección a derechos fundamentales de las personas e instituciones que se encuentran reguladas por este ordenamiento.

Es decir, de forma regresiva, se les prohíbe llevar a cabo determinadas actividades y operaciones que la Ley Fintech ya les permitía realizar legalmente, tales como la intermediación en la compra de activos virtuales, la facultad de mantener registros de cuentas a nombre de clientes denominadas en activos virtuales, así como la facultad para efectuar la entrega o transferencia de dichos bienes, entre otras.

Tomando en consideración lo anterior, la Circular 4/2019 resulta inconstitucional, pues, además de tratarse de una disposición de carácter general que incumple con la obligación del Estado mexicano de incrementar el grado de tutela en la promoción de derechos fundamentales, la misma, unilateralmente, restringe la realización de operaciones con activos virtuales que ya se encontraban permitidas por la ley.

⁵⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1º.

⁶⁰ “PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO. El principio de progresividad que rige en materia de los derechos humanos implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que, generalmente, la efectividad de los derechos humanos no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos. Por su parte, el progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. En tal sentido, el principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no sólo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual, pues como lo señaló el Constituyente Permanente, el Estado mexicano tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos. Por tanto, el principio aludido exige a todas las autoridades del Estado mexicano, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos y también les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección a los derechos humanos de quienes se someten al orden jurídico del Estado mexicano”, Tesis: 2a./J. 35/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero de 2019, p. 980.

5. *Violación al principio de rectoría económica del Estado*

El principio de rectoría económica estatal se encuentra previsto en el artículo 25 de la Constitución,⁶¹ el cual señala que la rectoría económica del Estado conlleva, entre otros conceptos, la responsabilidad de éste para el fomento al crecimiento económico y al empleo; la productividad que impulsará las empresas del sector privado; y, además, el aliento y la protección a la actividad económica que realicen los particulares.

En el ámbito internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos firmada en San José Costa Rica en noviembre de 1969 establece en su artículo 26 el deber que tiene el Estado mexicano, así como los demás Estados Partes de la Convención, de adoptar cualquier medida o providencia necesaria tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional económica y técnica, para lograr la plena efectividad de los derechos que deriven de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.⁶²

Con base en las disposiciones anteriormente señaladas, resulta claro que el Banco de México es la entidad a través de la cual el Estado Mexicano debe garantizar el crecimiento y desarrollo económico del país, sobre todo si tomamos en consideración el texto del artículo 28 Constitucional que señala que el objetivo del Banco de México será “procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado”.⁶³

En este sentido, la Circular 4/2019 resulta violatoria de los artículos 25 y 28 Constitucionales, así como del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues la prohibición o restricción de las operaciones con activos virtuales de ninguna manera persigue el objetivo mencionado, sino que restringe injustificadamente un sector económico en perjuicio del desarrollo nacional.

Como fue señalado en el capítulo I, la volatilidad que ha sufrido el valor de los criptoactivos ha causado que los mismos se hayan convertido en instrumentos deseados de inversión para quienes buscan un grado alto de riesgo a cambio de márgenes de ganancia amplios.

De igual forma, los criptoactivos han alcanzado un gran nivel de aceptación como medios de pago por una gama creciente de negocios, sobre todo aquellos dedicados al comercio electrónico y modelos de negocio digitales.

La prohibición de realizar operaciones con criptoactivos por parte de las ITF tendría como consecuencia que mexicanos con capital para invertir en dichos activos acudan a empresas del extranjero, retirando para ello sus recursos de nuestro país y evitando que empresas mexicanas reciban los correspondientes recursos, ya sea de inversionistas mexicanos o de inversionistas en el extranjero.

Como fue señalado con anterioridad, el valor del mercado de los criptoactivos ha tenido un crecimiento acelerado en los últimos años que actualmente asciende a la canti-

⁶¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 25.

⁶² Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26.

⁶³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 28.

dad de 328 mil millones de dólares, por lo que prohibir a las ITF e instituciones financieras para proporcionar servicios de compraventa, intermediación, custodia, y transacción de los mismos, se le impone a nuestro país una barrera para participar en dicho mercado.

De igual forma, los criptoactivos constituyen un medio a través del cual, mexicanos en el extranjero, envían recursos a nuestro país, derivado a los bajos costos de efectuar transacciones a través de la tecnología Blockchain,⁶⁴ por lo que con la Circular 4/2019, que prohíbe a las Instituciones de Fondo de Pago Electrónico efectuar estos servicios, se establecen obstáculos para que las personas puedan utilizar un servicio de transferencias de fondos más eficiente, en perjuicio de sus finanzas personales y las del país.

En efecto, actualmente el 2% de las remesas que llegan a nuestro país de Estados Unidos son realizadas mediante la transferencia de criptomonedas, advirtiendo que la comisión que normalmente paga un usuario por una transferencia bancaria de 304 dólares asciende al 4.3%, mientras que la comisión pagada por un usuario que realiza una transferencia utilizando el activo virtual XRP asciende al 1% (0.5% pagado por el emisor y .05% pagado por el receptor).⁶⁵

Asimismo, la regulación restrictiva en análisis podría tener como consecuencia la configuración, en nuestro país, de un “mercado negro” de operaciones con activos virtuales, mediante la creación y uso de plataformas no reguladas, lo que implicaría un riesgo tanto al sistema financiero como a los usuarios de dichas plataformas, logrando con ello alejarse del objetivo que debe perseguir el Banco de México en términos del artículo 28 constitucional.

En ese sentido, es claro que la sobrerregulación que restringe al sector Fintech, específicamente en el caso de las operaciones con activos virtuales, traerá como consecuencia resultados opuestos al fin que persigue la Ley Fintech y la propia Constitución, pudiendo perjudicar el mercado y desincentivando la inclusión financiera, en contravención al principio de rectoría económica del Estado.

6. *Violación al principio de desarrollo integral*

La Carta de la Organización de los Estados Americanos establece en su capítulo VII, artículos 30 a 52, el derecho a un desarrollo integral, señalando que dicho desarrollo debe abarcar los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales debe obtenerse las metas que cada país define para lograrlo.

Sobre el particular, los artículos 33 y 34 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establecen que es responsabilidad de cada país la creación de un orden económico y social justo que permita distribuir equitativamente la riqueza y el ingreso, esta-

⁶⁴ Gutiérrez Fernando, “El bitcoin ya participa en el negocio de las remesas: Bitso”, 22 de mayo de 2019, disponible en: <https://www.economista.com.mx/sectorfinanciero/El-bitcoin-ya-participa-en-el-negocio-de-las-remesas-Bitso-20190522-0168.html>.

⁶⁵ Franco Fernando, “Criptomonedas, nueva vía de remesas”, 19 de noviembre de 2019, disponible en: <https://heraldodemexico.com.mx/mer-k-2/criptomonedas-nueva-via-de-remesas/>.

bleciendo entre otras metas u objetivos básicos para lograr el desarrollo integral, sistemas impositivos adecuados (proporcionales) y equitativos.⁶⁶

Como se desprende de dichas disposiciones, el “derecho a un desarrollo integral” constituye una responsabilidad primordial del Estado Mexicano y de cada Estado Parte de la Convención, cuyo objetivo es la creación de un orden económico y social justo.

En relación con lo anterior, el artículo 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, establece la obligación de los Estados a efecto de alcanzar un orden social justo acompañado de desarrollo económico, garantizando que todas las personas sin distinción tengan igualdad de oportunidades y seguridad económica.⁶⁷

Derivado de que la Carta de la Organización de los Estados Americanos no establece una definición de lo que se debe entender por seguridad económica, se podría interpretar como la certeza o protección que debe brindar el Estado en la distribución y administración de manera adecuada, razonable y eficaz los bienes o recursos materiales que integran la riqueza de una colectividad o individuo.

En este sentido, el derecho fundamental al “desarrollo integral” se logra siempre que el Estado mexicano, o cualquier Estado Parte logre los objetivos básicos de dicho derecho, como lo son el garantizar la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, y establecer sistemas impositivos adecuados y equitativos que aseguren a las personas un ambiente de igualdad de oportunidades y seguridad económica.

Tomando en consideración lo anterior, tenemos que la Circular 4/2014 viola el derecho fundamental a un desarrollo integral regulado en los artículos 33, 34 y 45 de la Carta de Organización de los Estados Americanos, en relación con el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que sus efectos generan consecuencias económicas y sociales contrarios a los buscados a nivel constitucional y legal, que no permite el desarrollo integral de la industria de tecnología financiera.

Lo anterior, pues resulta claro que la Ley Fintech no busca prohibir las operaciones con activos virtuales efectuadas por las ITF, sino por el contrario, desarrollar la industria de tecnología financiera a través de regulación que promueva la realización segura de dichas operaciones y la promoción del sector.

Como se señaló previamente, la tecnología Blockchain y los criptoactivos son herramientas importantes para la innovación y el desarrollo de nuevos modelos de negocio. Si bien la implementación de todo cambio implica un riesgo, es claro que la solución para prevenir o mitigar dicho riesgo debe ser de tal forma que no se restrinja la innovación y el desarrollo, y nunca mediante la imposición de prohibiciones arbitrarias, sobre todo si se trata de actividades lícitas como el caso en estudio.

Dicho lo anterior, la Circular 4/2019 resulta violatoria del principio de desarrollo integral, pues impide el desarrollo de la industria tecnológica financiera y constituye un obstáculo serio para la invocación y el desarrollo tecnológico de nuestro país.

⁶⁶ Carta de la Organización de los Estados Americanos, artículos 33 y 34.

⁶⁷ Carta de la Organización de los Estados Americanos, artículo 45.

VII. Propuesta

Tomando en consideración que las razones expuestas por la Circular 4/2019 son injustificadas e insuficientes, así como que la misma contraviene el principio de subordinación jerárquica y diversos derechos fundamentales previstos en la Constitución y Tratados Internacionales, estimamos que el Banco de México debería dejar sin efectos dicha Circular y emitir una nueva en la que regule debidamente el uso de activos virtuales para las ITF, sin prohibir de manera absoluta las operaciones externas con los mismos.

VIII. Conclusiones

La emisión de legislación dirigida específicamente a regular el sector de la tecnología financiera constituye un gran acierto del gobierno mexicano, pues proporciona certeza jurídica en un sector de la industria sumamente dinámico e innovador.

Las operaciones con criptoactivos, tal y como ocurre con cualquier tipo de activos financieros o con cualquier divisa, siempre conllevarán un riesgo inherente a su naturaleza para los participantes.

Sin embargo, el Estado puede establecer medidas para proteger a los usuarios de aquellas consecuencias desmedidas que deriven de la operación de dichos activos, lo cual, a consideración de los autores, se cumple en el presente caso con las distintas obligaciones establecidas en la Ley Fintech para las ITF, las cuales aseguran que los miembros del público general tengan certeza de las posibles implicaciones de las operaciones realizadas con criptoactivos.

Consideramos que la finalidad de proteger a los intereses del público y preservar la estabilidad del sistema financiero no puede llevar a un órgano constitucional autónomo a prohibir a las ITF e instituciones financieras para operar con activos virtuales, pues éstas son operaciones legítimas que además se encuentran permitidas en la propia Ley Fintech, por lo que esta situación conllevaría una violación a diversos derechos fundamentales.

Por ello, se considera que la sobrerregulación emitida recientemente en materia de criptoactivos o “activos virtuales”, materializada en la Circular 4/2019 del Banco de México, evidencia un profundo desconocimiento por parte de dicha entidad de la tecnología que respalda a este tipo de activos, así como de sus posibles usos, e implica un exceso en el ejercicio de sus facultades que contraviene no solo a la Ley Fintech, sino múltiples derechos fundamentales previstos en la Constitución federal y diversos Tratados Internacionales celebrados por nuestro país.

Derivado de lo anterior, se estima que el Banco de México debería dejar sin efectos las restricciones establecidas en la Circular 4/2019 para que las ITF y entidades financieras puedan realizar operaciones externas con activos virtuales, con lo cual se respetarían lo establecido en la Ley Fintech, así como los derechos fundamentales de dichas entidades.

IX. Bibliografía

- ÁLVAREZ ALCALÁ, Alil, *Lecciones de derecho fiscal*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2010.
- BANXICO, “Sobre los activos virtuales, los riesgos relevantes y el posicionamiento del Banco de México”, 2019, disponible en: <https://www.banxico.org.mx/sistemas-de-pago/sobre-activos-virtuales-rie.html>.
- BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, Ciudad de México, Porrúa, Trigésima Quinta Edición, 2002.
- CASTRO JUVENTINO, V., *Garantías constitucionales y amparo*, Ciudad de México, Porrúa, 1986.
- CHONAN, Usman W., “Bitcoin: Cryptocurrencies: A Brief Thematic Review”, *SSRN*, 2017, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3024330.
- COINMARKETCAP, “Historical”, 2019, disponible en: <https://coinmarketcap.com/es/historical/>.
- CONDUSEF, ¿Qué son las fintech”, *Revista Proteja su dinero*, 2017, disponible en: <https://www.condusef.gob.mx/Revista/PDF-s/2017/203/buro.pdf>
- FINTECH MÉXICO, “¿Qué es Fintech?”, disponible en: <https://www.fintechmexico.org/ques-fintech>, 2019.
- FRANCO, Fernando, “Criptomonedas, nueva vía de remesas”, 19 de noviembre de 2019, disponible en: <https://heraldodemexico.com.mx/mer-k-2/criptomonedas-nueva-via-de-remesas/>.
- GUTIÉRREZ, Fernando, “El bitcoin ya participa en el negocio de las remesas: Bitso”, *El Economista*, Ciudad de México, 2019, disponible en: <https://www.economista.com.mx/sectorfinanciero/El-bitcoin-ya-participa-en-el-negocio-de-las-remesas-Bitso-20190522-0168.html>.
- HILEMAN, Garrick & RAUCHS, Michel, “Global Cryptocurrency Benchmarking Study”, University of Cambridge Judge Business School, Cambridge, 2017.
- HISTORY OF BIT COIN ORG., “History of Bitcoin”, 2019, disponible en: <http://historyof-bitcoin.org/>.
- LAURCENCE, Tiana, “Blockchain for dummies”, New Jersey, John Wiley & Sons, Inc., 2017.
- NAKAMOTO, Satoshi, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, marzo de 2009, disponible en: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.