

The background is a monochromatic blue-toned illustration of various architectural and geometric forms. It includes spheres, pyramids, rectangular blocks, a cylinder, and a set of stairs, all rendered in a sketch-like, hand-drawn style. The elements are scattered across the page, creating a sense of depth and complexity.

Revista

# Real PENAL

MÉXICO

25

julio • diciembre • 2024

ISSN 2007-4700 • e-ISSN en trámite

• SEGUNDA ÉPOCA •

# El *criminal compliance* antilavado: su desarrollo internacional

• **Martín Alexander Martínez Osorio** •

Profesor de Derecho penal de la Universidad Tecnológica de El Salvador y docente de la Escuela de Capacitación Judicial de El Salvador, Centro América.

---

**Resumen:** El artículo desarrolla la dimensión preventiva del delito de lavado de dinero, enfocándose en el estudio de los programas de cumplimiento y sus elementos desde la óptica de los diversos instrumentos internacionales y la experiencia del derecho comparado norteamericano.

**Palabras clave:** lavado de dinero, cumplimiento normativo, debida diligencia, responsable de cumplimiento, derecho comparado.

**Abstract:** This article addresses the preventive dimension of the money laundering offence, focusing in the study of compliance programs and their basic elements, from the perspective of various international instruments and the experience of american comparative law.

**Key words:** money laundering felony, criminal compliance, due diligence, comparative law, case law.

• **Fecha de recepción**

19-02-2024

• **Fecha de aceptación**

17-03-2024

**Sumario:**

1. Introducción
2. Las diversas medidas comprendidas en la normativa internacional
3. Elementos básicos de un *AML compliance*
  - 3.1. Un código de conducta que fomente una cultura de respeto a la legalidad
  - 3.2. Evaluación y mecanismos de gestión de riesgos
  - 3.3. La implementación de un programa de cumplimiento normativo
  - 3.4. La debida diligencia en el conocimiento del cliente, de los proveedores y empleados
  - 3.5. El deber de informar y colaborar con las autoridades competentes
  - 3.6. El deber de confidencialidad y protección de los informantes
  - 3.7. Un sistema adecuado de documentación y registro
  - 3.8. La designación de un responsable de cumplimiento (*compliance officer*)
  - 3.9. Los controles de auditoría
4. Conclusiones
5. Bibliografía

## 1. Introducción

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 –en adelante Convención de Viena– fue el primer instrumento internacional que estableció los elementos esenciales del delito de lavado de activos y los que debían incorporarse a la legislación interna de los diversos Estados firmantes. En el mismo, se criminalizaban las conductas de convertir y transferir, ocultar o encubrir bienes relacionados con la actividad del narcotráfico, así como, a discreción del legislador interno, el castigar también la adquisición, el uso y utilización de esos bienes (art. 3 letra b).<sup>1</sup>

Con ello, se iniciaban las pretensiones de diversos organismos internacionales, que no se conformaron únicamente con perfilar la dimensión represiva del blanqueo de capitales, sino, además, desarrollar una dimensión complementaria relativa a la prevención, detección, control y reporte de todas aquellas actividades financieras que tuvieran relación con el reciclaje del bienes o dinero provenientes de actividades delictivas.<sup>2</sup> Esta preocupación ya era conocida en 1988, cuando el Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria emitió una importante declaración de principios cuya premisa esencial se enfocó

1 Sobre el desarrollo histórico de esta convención: Vid. Díez Ripollés, J., “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas”, en: *Política criminal y Derecho penal*, 2º edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, Págs. 883-915.

2 Sobre lo anterior: Vid. Prado Saldarriaga, V., *Lavado de activos y organizaciones criminales en Perú*, Edit. Idemsa, Lima, 2019, Pág. 162.

en la preocupación de que los bancos y otras instituciones financieras pudieran ser utilizados “como intermediarios para las transferencias o el depósito de fondos originados en actividades criminales”.<sup>3</sup>

El camino a seguir tenía que ser a nivel internacional, pues el blanqueo se orienta hacia países que no disponen de normas apropiadas para prevenir y reprimirlo, e incluso fue necesario contemplar sanciones contra aquellos países que no quisieran adecuarse al estándar de efectividad que iba consolidándose a nivel mundial.<sup>4</sup> Al ser, entonces,

un delito de trascendencia internacional, la respuesta debía ser en igual sentido, pero con una clara intención de homogenizar esa respuesta normativa mediante el desarrollo de estándares normativos comunes.

En razón de ello, desde la década de los ochenta del siglo pasado, el delito de lavado de activos iba a representar el arquetipo básico de colaboración de los particulares con el sistema de persecución penal; pues se reconoció por las diversas agencias del sistema penal que la única manera de detectar y controlar el flujo de efectivo derivado de actividades delictivas era contar con el apoyo de aquellos sectores económicos vulnerables al ingreso de fondos maculados y, a la vez, que estos pudieran cerrar filas para evitar la contaminación de su capital por parte de los criminales.

De acuerdo con esto —y siguiendo a Jesús María Silva Sánchez— se apostó por una suerte de prevención técnica descentralizada,<sup>5</sup> en la que los sistemas de prevención antilavado vendrían a constituirse en una segunda línea de protección del orden socioeconómico, complementaria a la persecución penal del blanqueo. En otras palabras, en un sistema de normas de flanqueo —parafraseando a Günther Jakobs— que impediría la infiltración del dinero sucio en el sistema económico en general.<sup>6</sup>

3 Comité de Supervisión Bancaria, *Declaración de Principios sobre Prevención del Uso Criminal del Sistema Bancario para fines de Lavado de Dinero*, Basilea, 1988. Estos son: 1. Los principios deben ser garantizados por los gestores de los bancos; 2. Identificación de los clientes; 3. Cumplimiento de las leyes; 4. Cooperación con las autoridades; y 5. Obligación de informar a sus empleados sobre estos principios.

4 En tal sentido: Abel Souto, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Publicación de la Universidad Santiago de Compostela, 2002, Pág. 56. Crítico en este sentido, Winter Etcheberry, J.: “... es posible señalar que en el caso de muchos países en vías de desarrollo la adopción de medidas contra el lavado de activos fue efecto de un proceso de coacción internacional, que no se basa sólo en la necesidad de no ser parte del listado, sino que también en la aprobación de otros países y la evitación de riesgos competitivos al ser evaluado como una jurisdicción riesgosa. A esto se suman los altos costos que puede implicar el establecimiento de un aparataje para prevenir el lavado de activos y la poca evidencia que existe que realmente sea efectivo”. *Vid.* Winter Etcheberry, J., “La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”, en:

Ambos K./Caro Coria, D./Malarino, E. *Lavado de activos y compliance*, Edit. Jurista Editores, 1ª Edición, Lima, 2015, Pág. 135.

5 Silva Sánchez, J., “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, en: Abel Souto M./Sánchez Stewart N., *II Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, Pág. 135.

6 Sobre el término de las normas de flanqueo:

En la actualidad, la diversidad de exigencias globales que se han ido introduciendo de forma progresiva a los ordenamientos nacionales va construyendo un sistema normativo e institucional anti-lavado, en el que tienen un papel fundamental los denominados “sujetos obligados”, compuesto tanto de personas naturales como de jurídicas. Dentro de este ámbito destacan una variedad de empresas que ejercen sus actividades en sectores como el financiero, comercial, bursátil, cooperativo, turismo, minero, inmobiliario, exportador, etcétera.

Sobre los referidos sujetos obligados, aparecen determinados organismos fiscalizadores que ostentan potestades normativas (v. gr. emisión de reglamentos, instructivos, normas técnicas), investigativas (v. gr. práctica de inspecciones *in situ*, requerimientos de información) y sancionatorias cuando comprueben el incumplimiento de las reglas preventivas (v. gr. multas, inhabilitaciones, etc.). Es así que se va delineando una estrategia regulatoria estatal, que va más allá del simple reporte de operaciones sospechosas —como aconteció en sus inicios con el sistema francés o el norteamericano<sup>7</sup>— y se va consolidando una cultura corporativa que tiene como base el cumplimiento de un código ético y férreos controles externos e internos dentro de las empresas.

Ese conjunto de exigencias actuales van a constituir el denominado *Anti Money Laundering Compliance* —en adelante *AML Compliance*—, que consiste en la conversión de las prescripciones internacionales y estatales a normas internas dentro de las organizaciones empresariales con la finalidad de evitar actos delictivos como el blanqueo de capitales, el financiamiento del terrorismo o alguna actividad delictiva subyacente.<sup>8</sup> En suma, estamos en presencia de un específico *criminal compliance*, en otras palabras, de un conjunto de medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que las reglas vigentes sean cumplidas por todo el personal, que las sanciones se descubran y que eventualmente se impongan.<sup>9</sup>

Como señala un prestigioso sector doctrinal, si bien el *compliance* puede significar *auto-vigilancia*, no solo implica este tipo de medidas (v. gr. controles, determinación de flujos de información); pues, además, contiene medidas positivas de formación, que tratan no solo de neutralizar factores culturales o dinámicas de grupos favorecedoras de hechos ilícitos, sino también de incentivar una cultura de grupo relacionada a la fidelidad al derecho.<sup>10</sup> En otras palabras,

Vid. Jakobs, G., “Criminalización del estadio previo a la lesión del bien jurídico”, en: *Estudios de derecho penal*, Edit. Civitas, 1º edición, Madrid, 1997, Págs. 313-316.

7 Sobre los inicios del sistema de prevención: Vid. Sintura F./Martínez W./Quintana F., *Sistemas de prevención de lavado de activos y de financiación del terrorismo*, 2º edición, Edit. Legis, 214. Vid. Págs. 6-10.

8 Sobre ello, Vid. Bermejo, M./Palermo, O. “La intervención delictiva del *Compliance officer*”, en: Kuhlen/Montiel/Urbina, *Compliance y teoría del derecho penal*, citado, Pág. 176.

9 Definición brindada por Khulen, L., “Cuestiones fundamentales de *Compliance* y derecho penal”, en: Khulen L./Montiel, J./Urbina, I., *Compliance y teoría del derecho penal*, Edit. Marcial Pons, 2013, Pág. 51 y ss.

10 Cfr. Silva Sánchez, J., *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Edit. B de F, Montevideo, 2016, Págs. 237-238.

un fomento de –lo que Hans Welzel denominaba– los “valores ético-sociales” de actuación.<sup>11</sup> Esto supone un cambio del paradigma de la función empresarial en la que el órgano de administración “ya no es sólo el responsable de la gestión lucrativa del negocio, sino también de la gestación de una cultura corporativa de adhesión al derecho y a la ética”.<sup>12</sup>

Ahora bien, más allá de las prescripciones derivadas de organismos mundiales y regionales, conviene tener presente que los actuales sistemas de cumplimiento normativo antilavado han sido enormemente influidos por el derecho corporativo norteamericano, el cual ha inspirado la mayor parte de los textos internacionales a los que hacemos referencia. De ahí que se hable de una “americanización del derecho penal económico” en el que su ejemplo más conocido y evidente son los *compliance* relacionados al blanqueo de capitales.<sup>13</sup>

Conviene recordar que los *criminal compliance programs* surgen de forma después del célebre caso *New York Central R. Co. V.*

*United States* de 1909, en el que se reconoció la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos realizados por los agentes. Es a partir de tal precedente que las *corporations* deciden auto-regularse de forma voluntaria como una forma de evitar, o al menos atenuar, la responsabilidad penal que podría atribuírseles.<sup>14</sup> Dentro de esos compromisos usualmente aparecen la creación de un código ético empresarial y el nombramiento de un responsable de cumplimiento (*Compliance officer*) entre otros.

Tal premisa sigue teniendo actualidad, como se advierte en las *United States Sentencing Guidelines*, las cuales reducen drásticamente las sanciones o evitan el riesgo de un proceso penal a las empresas, siempre y cuando cuenten con un programa ético y de cumplimiento efectivo, que ayude a la organización a incentivar las conductas correctas de su alta dirección y empleados así como a cumplir con la legislación vigente.<sup>15</sup> Tal estrategia político-criminal –conocida comúnmente como “the stick and the carrot”<sup>16</sup>– se vio reforzada con la aplicación

11 Cfr. Welzel, H., *Derecho penal alemán*, Edit. Jurídica de Chile, 1997, Págs. 1-7.

12 Cfr. Silva Sánchez, J, “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial”, en: *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Edit. B de F, Montevideo, 2016. Pág. 194.

13 Al respecto: Nieto Martín, A., “¿Americanización o europeización del derecho penal económico?”, *Revista Penal*, n° 19, 2007, especialmente, Pág. 123. Sostiene dicho autor: “[e]l blanqueo de capitales es el ejemplo más conocido y evidente de americanización del derecho penal económico internacional. En la globalización de esta figura delictiva y su estrategia de control es patente la presión de la diplomacia norteamericana, unida a los propios intereses de la banca”.

14 Sobre este desarrollo histórico en el derecho norteamericano: Carrión Zenteno, A., *Criminal Compliance*, Edit. Thomson Reuters, Lima, 2014. *Vid.* Págs. 81-84.

15 *United States Sentencing Commission, Guidelines Manual*, §8A1.1 (para este artículo se retoman las reglas establecidas en Nov. 1993). Específicamente, la letra k).

16 Crítico del esquema de la “zanahoria y el palo”: *Vid.* Zysman Quirós, *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2013, Pág. 163. Sostiene este autor que: “... este esquema de premios y castigos tradicionalmente ha sido identificado por numerosos autores como un esquema de «zanahoria y palo». Sin embargo, creemos que la complejidad que implica la

de duras leyes tales como la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 y la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 2010 cuyos orígenes se relacionan con graves escándalos financieros derivados de una incorrecta gestión empresarial.

Como vemos, el cumplimiento normativo puede caracterizarse como un modelo regulatorio que parte de la propia iniciativa de los sujetos obligados, en que el órgano supervisor se mantiene a distancia, o al menos, solamente ostenta un papel orientador e indirecto (*voluntary self-regulation*). En contraposición, existe otro modelo sumamente tradicional, en el que prepondera la aplicación de las prescripciones estatales por parte de un órgano regulador público y que, en caso de su desobediencia, se imponen sanciones de forma indefectible (*enforced self regulation*).<sup>17</sup> En el primero, la participación de los regulados en la formulación y aplicación de las normas es esencial como una forma de compromiso unilateral; mientras que en el segundo, se imponen estándares de cumplimiento de forma vertical que los obligados deben aceptar a fin de evitar ser sancionados.<sup>18</sup>

Ahora bien, en el ámbito del lavado de activos, nos encontramos ante un modelo de *corregulación* o de *autorregulación regulada*, mediante el cual la ley nacional recepta los estándares internacionales, pero queda a evaluación de los sujetos obligados cómo diseñará el contenido del programa de cumplimiento conforme su actividad económica o profesional y el manejo de los riesgos inherentes a esa gestión. Es así que los riesgos relacionados con el lavado de activos son variados, por ejemplo, los riesgos de una empresa del sector financiero son distintos a los de una empresa que se dedique al servicio de hostelería o al sector minero.

No obstante, el cumplimiento normativo en el ámbito de la prevención del lavado de dinero, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos —como el anticorrupción, competencia o el de prevención de riesgos laborales— suele tener un carácter más imperativo debido a la obligación para los países en cumplir con las prolíficas y meticulosas regulaciones internacionales.<sup>19</sup> A tales efectos, existe una estricta supervisión

---

respuesta organizativa de una persona jurídica ante un panorama de estas características no responde con fidelidad a la idea de estímulo y reacción ciega presente en los perros de Pavlov”.

**17** Sobre estas estrategias regulatorias, una buena síntesis puede encontrarse en: Rodríguez Villar P./Germán Bermejo, M., *Prevención del lavado de dinero en el Sector Financiero*, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, Págs. 23-56.

**18** Al respecto, detalladamente: Coca Vila, I.: “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en: Silva Sánchez, J./Montaner Fernández, R., *Crimina-*

---

*lidad de empresa y Compliance*, Edit. Atelier, Barcelona, 2013, Págs. 3-76.

**19** Como sostiene García Caverro: “... el propio legislador exige a la empresa la adopción de un sistema de cumplimiento normativo en relación con ciertos riesgos penalmente relevantes, llegando incluso a definir legalmente ciertos aspectos que deben ser necesariamente tenidos en cuenta en la conformación del *compliance*. Se abandona así la lógica de la auto-regulación y se entra claramente en el plano de la intervención estatal. Esto se presenta, por ejemplo, en el caso del lavado de activos”. *Vid.* García Caverro, *El delito de lavado de activos*, 2ª edición. Edit. B de F, Montevideo, 2016, Pág. 212.

de estos programas por entidades regulatorias nacionales a fin de verificar su puesta en marcha y actualización constante por parte de los agentes económicos obligados a su adopción. Aunado a ello, las empresas y sus directivos, pueden ser sujetos a una variedad de sanciones administrativas, y hasta penales, por su no implementación (*non compliance*) o por su deficiente ejecución (*fake compliance*).

## 2. Las diversas medidas antilavado comprendidas en la normativa internacional

Después de la Convención de Viena, en la década de los noventa del siglo pasado y hasta la actualidad, han surgido una variedad de instrumentos internacionales y regionales que desarrollan instituciones jurídicas y obligaciones que van a ser de preceptivo cumplimiento para quienes se identifique como sujetos obligados.<sup>20</sup>

A nivel europeo, por ejemplo, aparece la primera directiva del 10 de junio de 1991 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. En su contenido empiezan a identificarse a personas naturales y jurídicas sobre quienes pesarán determinadas obligaciones entre las que se destacan la identificación del clien-

te, el registro de transacciones, el reporte de operaciones sospechosas y su confidencialidad ante el cliente y terceros, entre otras. La actualización del referido documento se realiza mediante la segunda directiva en el año 2001 —2001/97/CE del 4 de diciembre—. En el año 2005, se dejan sin efecto las normativas comunitarias anteriores y se emite la tercera directiva —2005/60/CE del 26 de octubre— que introduce las recomendaciones relacionadas con el financiamiento del terrorismo. El proceso de actualización trajo consigo la emisión de la cuarta directiva en el año 2015 —2015/849 del 20 de mayo— y la emisión posterior de la vigente quinta directiva de 2018 —2018/843 del 30 de mayo—.

En la primera directiva, puede advertirse un imperativo dirigido específicamente a las entidades financieras, de establecer “procedimientos adecuados de control interno y de comunicación a fin de prevenir e impedir la realización de operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales” (art. 11).

En nuestra región, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de los Estados Americanos (CICAD-OEA), formula el denominado “Reglamento Modelo” —en adelante “Reglamento CICAD-OEA”— con pretensión de incidir en los procesos de reforma legislativa de nuestro entorno. En dicho documento, se sigue la definición del delito establecida en la Convención de Viena, y se realizan importantes consideraciones acerca de la incautación y comiso de los bienes maculados de origen ilícito. Adicionalmente, a los particulares se les impone una variedad de obligaciones tales como: la identificación de los clientes, el mantenimiento de los registros de las transacciones, el reporte de las operaciones en efectivo y la comunicación de aquellas transacciones que pudieran con-

20 Sobre este desarrollo histórico: Vid. Fabián Caparros, E., “Internacionalización del lavado de activos e internacionalización de su respuesta”. En: AA.VV., *Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial*, OEA, Washington, D.C., 2014, Págs. 11-94. También: Abel Souto, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, citado, Págs. 41-270.

siderarse sospechosas, entre las más sobresalientes.

Merece destacar en el referido instrumento normativo –y de similar manera a la primera directiva europea– que el art. 16 obliga a las instituciones financieras a “desarrollar y ejecutar programas, normas, procedimientos y controles internos para prevenir y detectar” el lavado de activos. Dichos programas, al menos, deberán contener: (a) procedimientos que aseguren un alto nivel de integridad del personal laboral; (b) programas permanentes de capacitación de personal; y (c) mecanismos de auditoría para verificar el cumplimiento de los programas, normas, procedimientos y controles internos.

Por otro lado, se estipula en su art. 15 que deben imponerse sanciones a funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que tengan participación en algún delito de los relacionados en el referido reglamento, así como también, a las instituciones financieras. Estas sanciones a personas jurídicas pueden comprender la imposición de multa, la prohibición temporal de realizar transacciones, la suspensión del permiso de operaciones y la suspensión o revocación de la licencia para funcionar como institución financiera.

Asimismo, se hace referencia a la designación de un oficial de cumplimiento, quien será un funcionario a nivel gerencial que estará encargado de vigilar el cumplimiento de los programas y procedimientos internos, incluidos el mantenimiento de registros adecuados y la comunicación de transacciones sospechosas. Tal y como sostiene el art. 16.3, este funcionario servirá de “enlace” entre la institución financiera y las autoridades competentes.

Por último, resulta necesario apuntar que el referido instrumento tuvo una impor-

tante recepción en el Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y Activos relacionados con el Tráfico de Drogas y Delitos Conexos –en adelante “Convenio Centroamericano”– firmado el 11 de julio de 1997 por Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Honduras y Panamá. Documento que hasta esta fecha vincula normativamente a los países suscriptores del mismo.

En el mismo contexto temporal, 1989, se crea el Grupo de Acción Financiera (GAFI/FATH), el cual desarrolló en el año 1990 las denominadas 40 Recomendaciones Internacionales, que constituyen un conjunto de estándares de indiscutible importancia en la materia. Dichas medidas, de acuerdo con la referida institución, se enfocan en: (a) identificar los riesgos y desarrollar políticas y coordinación local; (b) luchar contra el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y financiamiento de proliferación de armas de destrucción masiva; (c) aplicar medidas preventivas para el sector financiero y otros sectores designados; (d) establecer poderes y responsabilidades; (e) mejorar la transparencia y la disponibilidad de la información de titularidad de beneficio de las personas y estructuras jurídicas; y (f) facilitar la cooperación internacional.

En razón de los execrables acontecimientos causados por el terrorismo internacional, en el año 2001, GAFI elabora ocho recomendaciones relacionadas con la financiación del terrorismo e incorpora una novena en el año 2004. Desde la segunda década del presente siglo, tales prescripciones fueron incorporadas en los arts. 5, 6 y 8 de las 40 Recomendaciones Internacionales, junto con una relacionada a la imposición de sanciones financieras y congelamiento de fondos relacionados con la proliferación de armas de destrucción masiva y su financiación

(Recomendación Internacional 7). Se destaca entonces, de tal fusión, el convencimiento de aplicar los mismos controles preventivos a esas actividades delictivas.

Entre sus aspectos básicos, desde el art. 1 de las Recomendaciones GAFI, se establece la obligación de los países de identificar, evaluar y entender el riesgo del lavado de activos y la financiación del terrorismo desde un enfoque basado en riesgo (EBR) de acuerdo con una idea de proporcionalidad. Esto debe inspirar al sistema preventivo que se aplique en cada país y a cada sector económico o profesional. Por otro lado, las referidas recomendaciones pueden sinterizarse en 3 grupos:

(a) El primero relacionado con la tipificación de delitos, tales como el lavado de activos y la financiación del terrorismo, la aplicación del comiso y la incautación como medidas patrimoniales aplicables a los crímenes anteriormente mencionados; regulaciones acerca de sanciones financieras relacionadas con el terrorismo, su financiación y el de la prevención, represión e interrupción de la proliferación de armas de destrucción masiva. Particular interés se brinda a las organizaciones sin fines de lucro como un mecanismo que suele ser utilizado regularmente respecto a la recolección y distribución de fondos a organizaciones terroristas.

(b) El segundo grupo de recomendaciones consiste en la enumeración de una variedad de medidas preventivas que deben ser adoptadas por sectores económicos como el financiero, el comercial, seguros y algunas actividades profesionales sensibles de ser utilizadas por los blanqueadores. El hilo conductor de esas medidas lo constituye el concepto de la debida diligencia (*due diligence*) que implica, entre otras cosas: la prohibición de aperturar o mantener cuentas anónimas; la verificación del cliente y del beneficiario final de la operación (si este último

existe); el mantenimiento de los registros de transacciones y otro tipo de información; la aplicación de estas medidas en el caso de nuevos productos u operaciones tecnológicas así como en el caso de las transferencias electrónicas y los necesarios controles internos que deben implementarse en el análisis de estas operaciones. En este rubro, se concluye que, una vez que existan motivos razonables para sospechar que los fondos de una determinada operación comercial sean producto de una actividad criminal, se reporte con prontitud dicha operación a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF).

Una idea es esencial dentro de este segundo apartado, esta consiste en que tanto las instituciones financieras como las Actividades y Profesiones No Financieras Designadas (APNFD) deben estar sujetas a medidas de regulación y supervisión. Ante el quebrantamiento de tales prescripciones —reza la Recomendación Internacional 35—: “... los países deben asegurar que exista una amplia gama de sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas, sean penales, civiles o administrativas”.<sup>21</sup> Sostiene literalmente el precepto que tales sanciones deben ser aplicables no solo a las instituciones financieras y a las APNFD, sino también a sus directores y alta gerencia.

(c) El tercer grupo de las recomendaciones se enfoca en la cooperación internacional estableciendo la necesaria asistencia legal mutua entre países, en especial, con relación al congelamiento y decomiso de los bienes; la extradición y otras formas de cooperación internacional.

Para cerrar el tema, la Recomendación Internacional 29 establece la necesidad de que los países constituyan una Unidad de In-

<sup>21</sup> En explícita referencia a las Recomendaciones Internacionales 6 y de la 8 a la 23.

teligencia Financiera (UIF) que sirva como un centro para la recepción, análisis de cualquier reporte de transacciones sospechosas u otra información relevante sobre el lavado de activos o la financiación del terrorismo, a fin de comunicarlo a las autoridades respectivas. De igual manera, dentro de su competencia se encuentra la facultad de obtener información adicional de los sujetos obligados o de cualquier otra institución financiera, administrativa o de orden público que sea relevante para la investigación de los delitos *supra* relacionados.

Es preciso destacar que las Recomendaciones del GAFI no constituyen un convenio internacional del cual deriven obligaciones formales a los países respecto a su implementación. Sin embargo, se les reconoce que poseen una vinculación material indiscutible ya que su incumplimiento puede generar consecuencias económicas a las naciones que se nieguen a incorporarlas o lo hagan de manera defectuosa. Sin embargo, existen dos instrumentos internacionales – formalmente vinculantes– que respaldan su contenido y son los convenios de Palermo (2000) y Mérida (2003).

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional –en adelante “Convención de Palermo”– obliga, en su art. 6, a la tipificación del delito de lavado de activos en términos casi idénticos a la estipulada en la Convención de Viena de 1988. Sin embargo, extiende el ámbito de los delitos determinantes que el anterior documento internacional únicamente comprendía los relacionados al narcotráfico, y estipula que pueden serlo no solo los contemplados en los arts. 5, 8 y 23, sino todo aquel vinculado con grupos delictivos organizados no importando que hubieren sido cometidos fuera de la jurisdicción que conoce del delito de blanqueo de capitales.

Por otro lado, plantea en su art. 7, la necesidad de establecer un “amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero”. En los mismos términos, se enfatiza en adoptar medidas preventivas tales como la “identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas”. Por otra parte, se señala la importancia de crear controles transfronterizos para detectar el trasiego de efectivo o de títulos valores negociables. Y finaliza afirmando respecto al marco regulatorio que los Estados nacionales realicen en la materia, que este debe guiarse por las iniciativas elaboradas “por las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero”.

Por su parte, y en los mismos términos que su antecesora, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 –en adelante Convención de Mérida– retoma la definición típica del delito de lavado de activos establecida desde Viena (art. 23); empero, en su artículo 14, extiende el número de medidas para prevenir el blanqueo de capitales. Para el caso, en lo que corresponde a las instituciones financieras, se exige la inclusión en su legislación interna de: (a) formularios de transferencias electrónicas de fondos a fin de conocer información exacta y válida sobre el remitente y destinatario; (b) se mantenga esa información durante todo el ciclo de pagos; y (c) se examinen de manera más minuciosa las transferencias de fondos que no contengan la información completa del remitente.

Esta idea de un “escrutinio intensificado” también se relaciona con personas que des-

empeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes (*politically exposed persons*), círculo que comprende también a sus familiares y colaboradores. El fin del mismo es descubrir aquellas operaciones financieras que pueden provenir de actos de corrupción (art. 52). En ese orden, el referido instrumento internacional habilita a los Estados a impedir el establecimiento de bancos que no tengan presencia real en el país y que no estén afiliados a algún grupo financiero sujeto a regulación.

### 3. Elementos básicos de un *AML compliance*

Es importante, reiterar que las normas internacionales antes comentadas constituyen el marco de referencia para el desarrollo de los programas de cumplimiento empresarial en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; y, además, deben tomarse como estipulaciones interpretativas de obligada consulta para entender el alcance de las normas internas.

Ahora bien, tomando como base las mismas y la tremenda influencia que el derecho anglosajón ha tenido en el tema, es posible identificar algunos elementos esenciales de un *AML Compliance*.

#### 3.1 Un código de conducta que fomente una cultura de respeto a la legalidad

Los códigos de ética y los programas de cumplimiento normativo surgen por iniciativa de las propias empresas, cuyo origen fue la toma de conciencia de que los litigios, las restricciones regulatorias y los daños a las empresas podrían ser evitados si se implementaban sis-

temas efectivos de control interno.<sup>22</sup> Pero, además, poseen un atractivo singular: una empresa bien ordenada y con una política expresa de guiarse con altos códigos éticos resulta más cotizable para los inversionistas y demás actores del mercado.<sup>23</sup>

De acuerdo con Iván Navas Mondaca, los códigos de conducta son instrumentos a través de los cuales se plasman normas de comportamiento para el buen funcionamiento de instituciones privadas o públicas. Por lo general, los códigos son adoptados de manera voluntaria por empresas privadas con la finalidad de motivar el comportamiento de quienes se relacionan en torno a su giro económico (directivos, empleados, empresas, grupo de empresas, organizaciones sociales interesadas en la responsabilidad social empresarial, etcétera).<sup>24</sup>

Siguiendo a este autor, su origen se relaciona, por un lado, con la desconfianza de los gobiernos corporativos derivada de su compleja estructura organizativa y, por otro, en la confianza de la autorregulación para so-

22 En esto sigo las puntualizaciones que efectúa: Sousa Méndes, P., *Cumplimiento normativo, autorregulación regulada y responsabilidad de las personas jurídicas*, conferencia dictada en la Escuela Alemana de Ciencias Criminales y Dogmática Penal, Georg-August-Universität Göttingen, Alemania, 2021.

23 A ello podría agregarse, como apunta Adán Nieto Martín, a la clara influencia que han tenido los *Principles Of Corporate Governance* (1994) del American Law Institute. *Vid.* Nieto Martín, A., *Americanización*, art. cit., Pág. 132.

24 *Cfr.* Navas Mondaca, I., “Los códigos de conducta y el derecho penal económico”, en: Silva Sánchez J./Montaner Fernández R., *Criminalidad de empresa y compliance*, Edit. Atelier, Barcelona, 2013, Pág.113.

lucionar el daño que produjeron algunos escándalos financieros en países como los Estados Unidos de América.<sup>25</sup> Adicionalmente, conviene tener presente que ello es parte de una nueva estrategia penal, consistente en la colaboración de las empresas para mantener la eficacia del derecho, esto es, un compromiso respecto a la prevención y sanción de los comportamientos desviados que puedan realizar sus empleados y directivos.<sup>26</sup>

Estos códigos, además de regular aspectos relacionados con cómo solventar los conflictos de intereses, reconocer la importancia del respeto a los derechos humanos, evitar el abuso de la información privilegiada o la discriminación laboral, también deben contar con un régimen disciplinario en el que se establezcan infracciones, sanciones y procedimientos ante su transgresión. Verdaderamente, esto último es lo que revela que no estamos ante una simple manifestación de buenos deseos, sino del fomento de una cultura de legalidad dentro de la organización empresarial.<sup>27</sup>

### 3.2 Evaluación y mecanismos de gestión de riesgos relacionados al lavado de activos

Desde el año 2012, el GAFI ha señalado la importancia de implementar un enfoque basado en el riesgo (EBR) como una forma eficaz para combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo. Tal es el sentido de la Recomendación Internacional 1 y de su nota interpretativa.<sup>28</sup> En términos sencillos, el riesgo puede ser entendido como la proclividad de una empresa a ser instrumentalizada para la comisión de un delito de lavado de activos o para canalizar fondos destinados a la realización de actos o grupos terroristas.<sup>29</sup>

Conforme a ello, se distingue entre un riesgo: (a) *reputacional* (relacionado con el menoscabo al buen prestigio empresarial); (b) *legal* (posibilidad de recibir sanciones

<sup>25</sup> *Ibid.*, Pág. 115. Relaciona este autor que los códigos de conducta son los antecesores inmediatos de los actuales programas de cumplimiento (Pág. 127).

<sup>26</sup> Cfr. Nieto Martín, A., “El programa político-criminal del *corporate government*”, en: Baigún D./García Rivas N., *Delincuencia económica y corrupción*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 2006, Pág. 446.

<sup>27</sup> Cfr. Navas Mondaca, I., “Los códigos de conducta y el derecho penal económico”, citado, Pág. 120.

<sup>28</sup> Dice textualmente, la Recomendación Internacional 1: “Este enfoque debe constituir un fundamento esencial para la asignación de recursos en todo el régimen antilavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT) y la implementación de medidas basadas en riesgo en todas las Recomendaciones del GAFI”.

<sup>29</sup> En términos técnicos, GAFI establece que el concepto de riesgo está compuesto de tres elementos: *amenaza* (persona o grupo de personas, objeto o actividad con potencial para causar daño); *vulnerabilidades* (factores que pueden incidir en una menor eficiencia de los sistemas de control) y la *consecuencia* (el daño o impacto que puede provocar el lavado de activos o la financiación del terrorismo en las instituciones privadas y sociedad en general). Al respecto, *Vid.* GAFI, *Guía para la evaluación nacional de lavado de activos y financiación del terrorismo*, París, 2013, Pág. 9.

civiles, penales o administrativas); (c) *operativo* (pérdida o disminución del patrimonio económico derivado de procedimientos o decisiones incorrectas); y (d) de *contagio* (en razón de lo realizado por una persona asociada a una empresa que pueda tener efectos legales, reputaciones u operativos para esta última).<sup>30</sup> Debe tenerse en cuenta, como señala José Antonio Arbulú Ramírez, que una empresa está sujeta a un conjunto de riesgos que son inherentes al propio hecho de hacer negocios. Frente a ellos, es el empresario quien mejor conoce la actividad que lleva a cabo, y por eso está en condiciones de incorporar dentro de su estructura organizacional determinadas pautas (regladas o no) para no incurrir en riesgos que afecten la marcha del negocio, y con ello el logro de sus objetivos.<sup>31</sup>

La idea de elaborar matrices de riesgo antilavado como parte de un *AML Compliance* es poder disminuir de forma aceptable tales riesgos empresariales o profesionales. Esto implica una metodología de *identificación, medición, control y monitoreo* del riesgo (*risk assessment*). De inicio, es preciso identificar cuáles son los riesgos potenciales que implica la venta de un producto o la prestación de un servicio dentro del mercado; esto no se relaciona únicamente con lo concerniente a la venta sino, también, al estudio de los canales de distribución, de los clientes y de los proveedores. Una vez verificado lo anterior, conviene realizar una medición cualitativa y cuantitativa de ese riesgo y su impacto en

el caso de producirse. Posteriormente, deben adoptarse medidas precisas de mitigación de riesgos e indicar quiénes son los responsables de aplicarlas. Aquí se ubican medidas importantes, por ejemplo, el adecuado conocimiento del cliente y la adopción de medidas de debida diligencia intensificada cuando sea requerido. Por último, resulta importante la supervisión periódica del modelo a fin de ajustarlo conforme las nuevas exigencias que impone la realidad.

La elaboración de una matriz de gestión de riesgo, cuyo proceso de diseño debe quedar debidamente documentado, tiene dos ventajas importantes: la primera es que permite identificar y corregir vulnerabilidades que pueda presentar el modelo de prevención;<sup>32</sup> y en segundo lugar, delimita competencias de contención de riesgos por parte de todos los implicados en el proceso interno, lo cual puede tener ventajas indudables para la determinación de ulteriores responsabilidades (sea en materia sancionatoria administrativa y hasta penales). Todo esto debe ser plasmado en el programa de cumplimiento normativo.

<sup>30</sup> Cfr. Sintura F./Martínez W./Quintana F., *Sistemas de prevención de lavado de activos y de financiación del terrorismo*, 2a Edición, Editorial Legis, Colombia, 2014, Págs. 81-82.

<sup>31</sup> Vid. Arbulú Ramírez, J., *Gestión del Riesgo*, Edit. Justitia, Lima, 2018, Pág. 21.

<sup>32</sup> La nota interpretativa 8 de la Recomendación Internacional 1, es clara en señalar: “[d]ebe exigirse a las instituciones financieras y las APNFD que tomen medidas apropiadas para identificar y evaluar sus riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo (para los clientes, países o áreas geográficas; y productos, servicios, transacciones o canales de envío). Estas deben documentar esas evaluaciones para poder demostrar sus bases, mantener estas evaluaciones actualizadas, y contar con los mecanismos apropiados para suministrar información acerca de la evaluación del riesgo a las autoridades competentes y los organismos autoreguladores (OAR)”.

### 3.3 La implementación de un programa de cumplimiento normativo

Los principios que deben regir la actividad de una empresa socialmente responsable deben encontrar su reflejo en un documento descriptivo, que es el programa de cumplimiento.<sup>33</sup> De acuerdo con Víctor Manuel Gómez Martín, estos programas deben respetar siete principios básicos: (a) el de separación de funciones de poder en el seno de la entidad; (b) documentación y verificabilidad; (c) principio de congruencia y coherencia de las operaciones; (d) transparencia en la gestión empresarial; (e) independencia e imparcialidad de los órganos de control; (f) cumplimiento o explicación y, por último, (g) el de confidencialidad.<sup>34</sup>

Desde la perspectiva internacional, la Convención de Mérida estipula en su art. 14.1 letra a) que debe establecerse un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero.

El contenido del referido programa de cumplimiento está claramente detallado tanto en la Recomendación Internacional 18 del GAFI como en el art. 16 del Reglamento CICAD-OEA. Pero, de forma específica, en

la nota interpretativa a la Recomendación Internacional 18, que enumera los siguientes contenidos: (a) el desarrollo de políticas, procedimientos y controles internos, incluyendo acuerdos apropiados de manejo del cumplimiento y procedimientos adecuados de inspección para asegurar elevados estándares a la hora de contratar a los empleados; (b) un programa continuo de capacitación a los empleados; y (c) una función de auditoría independiente para comprobar el sistema.

Más allá de estos documentos, el Reglamento CICAD-OEA –en su artículo 16– es enfático en señalar la obligación de las instituciones financieras de tener programas de cumplimiento obligatorio, esto es, normas, procedimientos y controles internos.<sup>35</sup> Tales programas –como mínimo– deberán incluir: (a) el establecimiento de procedimientos que aseguren un alto nivel de integridad del personal y un sistema para evaluar los antecedentes personales, laborales y patrimoniales del mismo; (b) programas permanentes de capacitación del personal; y (c) mecanismos

33 Cfr. Gómez Martín, V., “Compliance y derechos de los trabajadores”, en: Khulen L./Montiel J./Urbina, I, *Compliance y teoría del Derecho penal*, citado, Pág. 128.

34 *Ibid*, Pág. 128.

35 En términos similares, el art. 46 de la Directiva (UE) 2015/849 de 20 de mayo de 2015, establece la necesidad de que las instituciones obligadas adopten medidas proporcionadas a sus riesgos, naturaleza y tamaño, para que sus empleados tengan conocimiento de las disposiciones adoptadas en aplicación de la presente Directiva, incluidos los requisitos pertinentes en materia de protección de datos. Sostiene además que esas medidas “incluirán la participación de los empleados correspondientes en cursos especiales de formación permanente para ayudarles a detectar las operaciones que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y enseñarles la manera de proceder en tales casos”.

de auditorías acordes para prevenir y detectar el lavado de activos.

Es preciso señalar que los programas de cumplimiento normativo suponen un paso más en la necesaria proactividad que en esta materia deben tener los sujetos obligados conforme a la estrategia político-criminal de la autorregulación regulada. Por ello, tienen razón Fabián Balcarce y Rafael Berruezo cuando afirman que estos programas constituyen un plan de ejecución cuyo norte es satisfacer los requisitos legales relacionados a las regulaciones contravencionales y penales en cumplimiento con la normativa penal nacional o internacional (adoptada por el Estado).<sup>36</sup>

### **3.4 La debida diligencia en el conocimiento del cliente, de los proveedores y de los empleados**

En la declaración de principios emitida por el Comité de Basilea en 1988, se afirmó como principio fundamental que las entidades bancarias deben llevar a cabo un razonable esfuerzo por averiguar y comprobar la verdadera identidad de todos los clientes que requieran sus servicios. Al efecto, se sostuvo que las referidas instituciones “deberán instituir eficaces procedimientos para obtener la identificación de los nuevos clientes [y] seguir de modo explícito la política de no dar curso a operaciones relevantes con clientes que no comprueben su propia identidad”.

Por su parte, el art. 11 del Reglamento CI-CAD-OEA establece que:

Las instituciones financieras deberán registrar y verificar por medios fehacientes la identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social de las personas, así como otros datos de identidad de las mismas, sean estos clientes ocasionales o habituales, a través de documentos de identidad tales como documentos de identidad, pasaportes, partidas de nacimientos, carnet de conducir, contratos sociales y estatutos, además de los documentos que acrediten fehacientemente su existencia legal y las facultades de sus representantes o cualesquiera otros documentos oficiales o privados, desde el inicio y durante las relaciones comerciales, en especial la apertura de nuevas cuentas, el otorgamiento de libretas de depósito, la realización de transacciones fiduciarias, el arriendo de cajas de seguridad o la ejecución de transacciones en efectivo que superen determinado monto de conformidad con lo dispuesto por la autoridad competente.

En este sentido, conviene tener presente lo preceptuado en la Recomendación Internacional 10 del GAFI cuando señala como medidas de debida diligencia las siguientes: (a) identificar al cliente y verificar su identidad utilizando documentos, datos o información confiable, de fuentes independientes; (b) identificar al beneficiario final y tomar medidas razonables para verificar la identidad del beneficiario final, de manera tal que la institución financiera esté convencida de que conoce quién es el beneficiario final; (c) entender, y cuando corresponda, obtener información sobre el propósito y el carácter que se pretende dar a la relación comercial; y, (d) realizar una debida diligencia continua de la relación comercial examinando las transacciones llevadas a cabo a lo largo de esa relación para asegurar que las transac-

<sup>36</sup> Cfr. Balcarce F./Berruezo R., *Criminal compliance y personas jurídicas*, Edit. B de F, Montevideo, 2016, Pág. 161.

ciones realizadas sean consistentes con el conocimiento que tiene la institución sobre el cliente, su actividad comercial y perfil patrimonial, incluyendo información sobre el origen de los fondos.

Por otra parte, la debida diligencia también se impone en el caso de los empleados (*Know your employee*), lo cual se encuentra afirmado en el art. 16 letra a) del Reglamento CICAD-OEA, cuando requiere de las entidades financieras el establecimiento de procedimientos que aseguren un alto nivel de integridad del personal y un sistema para evaluar los antecedentes personales, laborales y patrimoniales de los mismos.

### 3.5 El deber de informar y colaborar con las autoridades competentes

Se trata de uno de los pilares fundamentales en los que se asienta el sistema preventivo antilavado y tiene como base el deber de reporte de las *operaciones sospechosas* por parte de los sujetos obligados a la unidad de inteligencia financiera. Sin embargo, este deber se amplía con referencia a cualquier requerimiento de información que se relacione con la persecución de los delitos en análisis. Esto se destaca claramente en lo preceptuado por los arts. 7 núm. 1º, letra a) de la Convención de Palermo y 14 núm. 1 letra a) de la Convención de Mérida. Al efecto, la Recomendación Internacional 20 de GAFI establece que:

Si una institución financiera sospecha o tiene motivos razonables para sospechar que los fondos son producto de una actividad criminal, o están relacionados al financiamiento del terrorismo, a ésta se le debe exigir, que reporte con prontitud sus sospechas a la Unidad de Inteligencia Financiera.

Al respecto, se nos recuerda que existen dos sistemas para cumplir con esta obligación: el primero es el reporte automático de operaciones económicas que superen determinado umbral monetario o que responda a determinadas características (operaciones reguladas); y el segundo, que implica reportes selectivos. En este último caso, existe un previo análisis técnico por parte de una dependencia o persona en representación del sujeto obligado.

El tema también se relaciona con la distinción entre actividades *inusuales* o *sospechosas*. Las primeras son aquellas que no guardan relación o salen del giro normal de actividad económica del cliente, en comparación a las que suelen acontecer en dicho sector económico, en otros términos, no tienen una explicación económica razonable que las justifique.<sup>37</sup> Las segundas son aquellas que, además de ser inusuales, generan motivos para pensar que son constitutivas de una actividad de lavado de activos o de financiación del terrorismo. Estas últimas requieren un análisis de naturaleza integral, y donde se requerirá un mayor nivel de información. En especial, una evaluación total del contexto en que se producen.

Para su detección, es importante tener en cuenta las diferentes *señales de alerta* que han sido fruto de la experiencia criminoló-

37 Reglamento CICAD-OEA proporciona, en su art. 14.1, la siguiente caracterización: “[l]as instituciones financieras prestarán especial atención a todas las transacciones efectuadas o no, complejas, insólitas, significativas, y a todos los patrones de transacciones no habituales y a las transacciones no significativas pero periódicas, que no tengan un fundamento económico legal evidente”.

gica y criminalística en la investigación del reciclaje de activos de origen delictivo. Al efecto, Víctor Prado Saldarriaga enumera como señales más comunes: (a) que la actividad del cliente no sea congruente con sus negocios habituales; (b) que se aprecien características inusuales en las actividades realizadas; (c) intentos de incumplir con los requisitos de información o evadir el diligenciamiento de los formatos de registro y control; (d) actividades inusuales o irregulares en las transferencias de fondos; (e) que el cliente proporcione información insuficiente, falsa o sospechosa; y (f) cuando el comportamiento funcional o personal de los empleados y funcionarios deviene en inusual con relación a su nivel operativo o evidencien mejoras económicas repentinas y no justificadas.<sup>38</sup>

Un dato que tener presente en este tema es, que las señales de alerta pueden variar en cada sector de la economía o en lo que respecta a ciertas actividades profesionales; en consecuencia, no es viable extrapolarlas de un área a otra. Este es un dato que debe tenerse en cuenta en la elaboración de la matriz de riesgo por parte del sujeto obligado.

### 3.6 El deber de confidencialidad y protección de los informantes

Se trata de uno de los deberes más importantes para lograr la eficacia en el combate del lavado de activos y de la financiación del terrorismo. Consiste en no revelar a determinado cliente o usuario que sus actividades

económicas están siendo investigadas por las autoridades competentes, quienes previamente se le ha transmitido información concerniente a su persona.

Esta prohibición es desarrollada de forma enfática en el art. 14. 3 del Reglamento CICAD-OEA que estipula: “[l]as instituciones financieras no podrán poner en conocimiento de persona alguna, salvo un tribunal, autoridad competente u otra persona autorizada por las disposiciones legales, el hecho que una información ha sido solicitada o proporcionada al tribunal o autoridad competente”. En igual forma, la Recomendación GAFI número 17 en su letra b) indica que las instituciones financieras, sus directores, funcionarios y empleados deben tener prohibido por ley revelar el hecho de que se está entregando a la UIF un reporte de operación sospechosa o información relacionada.<sup>39</sup>

Para garantizar que ello no implique ulteriores problemas legales a los integrantes de las instituciones obligadas, la Recomendación Internacional 21 del GAFI, determina que debe existir una regulación que los proteja si estos reportan –de buena fe– sus sospechas a la UIF, aun cuando no conocieren

<sup>38</sup> Cfr. Prado Saldarriaga, Víctor: *Lavado de activos y organizaciones criminales en Perú*, Edit. Idemsa, Lima, 2019, Págs. 184-186.

<sup>39</sup> Al respecto, la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, estableció en su artículo 28 como “prohibición de revelación”: “[l]as entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva, así como sus directivos y empleados, no relevarán al cliente de que se trate ni a terceros que se ha transmitido información de conformidad con los artículos 22 y 23 ni que está realizándose o puede realizarse una investigación sobre blanqueo de capitales o financiación del terrorismo”. Dicha norma se reitera en el art. 39 de la Directiva (UE) 2015/849 de 20 de mayo de 2015.

precisamente cuál era la actividad criminal subyacente, e independientemente de si la actividad ilegal realmente ocurrió o no.

Como vemos, nos encontramos ante una variante de la figura norteamericana del *Whistleblower*. Al respecto, Mateo Bermejo nos recuerda que el origen del término hace relación cuando los policías tocaban el silbato para avisar a otros agentes de la presencia de un delincuente. Por ello, su significado literal es “el que hace sonar el silbato”, pero en el contexto del lavado de activos, puede traducirse como el “informante de irregularidades”.<sup>40</sup>

Dentro del tópico en estudio, y siguiendo las puntualizaciones del referido jurista argentino, puede distinguirse entre el *sujeto obligado/whistleblower* –que tiene la obligación de reportar las irregularidades cometidas por sus clientes o empleados que intentan utilizar la actividad profesional o empresarial de aquel para blanquear capitales– y el *empleado/whistleblower* –quien es el directivo o empleado que actúa como denunciante o informante de las irregularidades cometidas por la propia empresa–. En ambos casos, se tiene en común la función social de proveer información incriminatoria a aquellos que pueden tomar medidas adecuadas para evitar la consumación de ese hecho o para sancionarlo, y de esa manera disuadir a futuros infractores de cometer hechos similares.<sup>41</sup> Por tales características, cierto doctrinante distingue a estos de los denominados “soplones” quienes generalmente buscan favores por parte de la justicia

o algún emolumento económico por la información que brindan.<sup>42</sup>

### 3.7 Un sistema adecuado de documentación y registro

De acuerdo con la Recomendación Internacional 11, las instituciones financieras deben conservar los registros de las transacciones por un período de al menos cinco años, con la finalidad de reconstruir operaciones financieras relacionadas con una actividad. Dicha información debe estar debidamente clasificada para responder de manera rápida a cualquier requerimiento de información que pueda ser solicitada por las autoridades competentes. En similar sentido, el Reglamento CICAD-OEA establece en su artículo 11.5 que deben mantenerse los registros de identidad de sus clientes, archivos de cuentas y correspondencia comercial según lo determine la actividad competente, por lo menos durante cinco años después de que la cuenta haya sido cerrada.

Dentro de esa información a resguardar, conforme las directrices internacionales, se encuentran los documentos obtenidos mediante la práctica de la debida diligencia al cliente, tales como: (a) copias o registros de documentación oficial de identificación, pasaportes, tarjetas de identidad, licencias de conducción o documentos similares; (b) expedientes de cuentas y correspondencia comercial, incluyendo los resultados de los análisis resultantes, por ejemplo, de los prac-

40 Cfr. Bermejo, M., *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2015, Pág. 249.

41 Cfr. *Ibíd.*, Pág. 251.

42 Distinción que sostiene: De la Torre Lascano, C., *Lavado de activos: un estudio sobre la prevención*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, Pág. 194.

ticados para establecer los antecedentes y el propósito de transacciones complejas o inusualmente grandes.

El jurista español Isidoro Blanco Cordero señala que en las normativas internas cuando se incorpora esta prescripción internacional, si bien se establece un mínimo de tiempo que debe durar el resguardo, no mencionan un tiempo máximo, lo cual provoca inseguridad jurídica.<sup>43</sup> Esto puede repercutir en la capacidad de almacenamiento físico o informático de todos estos registros. Como muy bien lo señala el referido especialista en la materia:

Los problemas de almacenamiento y custodia de esta documentación, especialmente si se contiene en soporte físico, pueden ser importantes. Pero también si se trata de soportes digitales por el espacio virtual que ocupa la información, por la obsolescencia del *hardware* y el *software* y por el mantenimiento de la confidencialidad de la información frente a los ataques de los *hackers* y ladrones de documentos.<sup>44</sup>

Se reitera que la implementación de un sistema de documentación y registro de información, conforme lo establecen los documentos relacionados, es exclusivamente para contribuir en las investigaciones por los delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo y cualquier delito antecedente del primero. Tal exigencia debe ser realizada por los órganos constitucional y legalmente facultados para ello. No obstante, el Conve-

nio Centroamericano habilita que esta información sea utilizada además en procesos civiles o administrativos.<sup>45</sup> Preceptos como este, obligan a efectuar una interpretación bastante restrictiva de los alcances de este tipo de disposiciones.

### 3.8 La designación de un responsable de cumplimiento (*Compliance officer*)

Acorde con la idea de la implementación de un *AML Compliance*, aparece la idea de un órgano dentro de la empresa que lo ejecute, y es así que aparece la figura del responsable de cumplimiento (*Chief Compliance Officer*). El art. 16.3 del Reglamento CICAD-OEA establece: “[l]as instituciones financieras deberán asimismo designar funcionarios a nivel gerencial encargados de vigilar el cumplimiento de programas y procedimientos internos, incluidos el mantenimiento de registros adecuados y la comunicación de transacciones sospechosas”. Y más adelante agrega: “[d]ichos funcionarios servirán de enlace con las autoridades competentes”. Por su parte,

43 Cfr. Blanco Cordero, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª Edición, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2015, Págs. 247-248.

44 *Ibid.*

45 Art. 12 del Convenio Centroamericano establece: “[l]as entidades de intermediación financiera y las que realicen actividades financieras, a que se refiere el Artículo 10 de este Convenio, deberán cumplir, pronto y dentro del plazo que se determine, las solicitudes de información que les dirijan las autoridades competentes respecto de la información y documentación citadas en el Artículo anterior. Estos datos serán utilizados en investigaciones criminales, civiles o administrativos, según corresponda, relacionados con delitos de tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, o con violaciones de lo dispuesto en este Convenio”.

la nota interpretativa de la Recomendación Internacional 18 de GAFI establece que los “arreglos sobre el manejo de cumplimiento deben incluir la designación de un oficial de cumplimiento a nivel administrativo”.

Estamos ante una suerte de delegación de los órganos superiores de la empresa a un profesional que se encargará de la gestión del programa de cumplimiento. Tal función, como sostiene el jurista español Jesús María Silva Sánchez, no es solo vigilancia —aunque esto es esencial— sino también lo relativo a la formación del personal y la contribución a la creación de una cultura de respeto por el derecho y la ética en los empleados de la empresa.<sup>46</sup> Ahora bien, su función se circunscribe a la gestión de los medios de control establecidos en el programa de cumplimiento así como en la obtención de información y su transmisión a sus superiores, a fin de que se corrijan conductas defectuosas o estados de cosas peligrosos constatados.<sup>47</sup>

Esto implica, como lo pone de manifiesto Ricardo Robles Planas, las siguientes funciones: (a) el diseño de un programa de cumplimiento que debe satisfacer los estándares de calidad referidos a la identificación, control, información y evitación de los riesgos de la empresa; (b) la implementación del programa, esto es, su efectiva materialización; y (c) el control y seguimiento de las normas derivadas del programa, identificando las posibles infracciones e informando a la dirección de la empresa con el fin de prevenirlas.<sup>48</sup> A

lo anterior habría que agregar en el específico ámbito del blanqueo de capitales: (d) la captación de información y análisis de todas aquellas transacciones que podrían considerarse inusuales, además del reporte de las que se consideran sospechosas.

Actualmente, se discute muchísimo acerca de cuál es el fundamento de esta delegación del consejo de la alta dirección de la empresa al *Compliance officer*. En síntesis, podemos afirmar que constituye un deber del empresario el evitar que su actividad pueda generar perjuicios a su misma empresa (*ad intra*) como a quienes se encuentran en el exterior, es decir, los clientes, proveedores, acreedores, consumidores, etc. (*ad extra*). En otras palabras, el empresario debe establecer mecanismos organizativos que minimicen los riesgos de lesión de bienes jurídicos, y para ello debe procurarse de la información necesaria para evitarlos.<sup>49</sup>

Estos deberes de control y vigilancia inherentes a la alta dirección de la empresa pueden ser delegados a una persona que ostente la preparación adecuada para llevar a cabo tal misión, esto es, informar al cuerpo directivo respecto del programa de cumplimiento implementado y cómo las diversas unidades organizativas responden a su implementación. Ahora bien, dicho nombramiento no implica necesariamente un desprendimiento de los deberes de supervisión inherentes a la alta dirección, más bien, su transformación;

<sup>46</sup> Cfr. Silva Sánchez, J., *Deberes de vigilancia y compliance empresarial*, art. cit. Pág. 243-244.

<sup>47</sup> *Ibíd.*

<sup>48</sup> Cfr. Robles Planas, R. “El responsable de cumplimiento (*Compliance officer*)” ante el derecho penal”, en: Silva Sánchez, J./Monta-

ner Fernández, R., *Criminalidad de empresa y compliance*, Edit. Atelier, Barcelona, 2013, Pág. 324-325.

<sup>49</sup> Sobre este punto: *Vid.* Schünemann, B., *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Edit. Tecnos, Madrid, 2002, Pág. 131.

pues siempre existirá un deber de vigilancia respecto de lo que realice el *Compliance officer* como de cualquier otro subalterno que muestre indicios de un comportamiento ilícito dentro de la organización.<sup>50</sup> Es así que el órgano de dirección se convierte en un garante mediato de la empresa y se evita que intente derivar su responsabilidad hacia otros, generalmente, a sus subalternos (*risk shifting*).

Por otra parte, los límites de la responsabilidad penal del *Compliance officer* se restringen a lo que contractual y voluntariamente haya asumido en cuanto a la gestión de riesgos. No es deber del responsable de cumplimiento impedir todos los delitos que se cometan desde la empresa, sino solo aquellos que dentro de su ámbito de competencia se encuentre obligado a evitar. Debemos reconocer que esa capacidad de impedir delitos es muy limitada, sobre todo cuando la decisión criminal provenga de la alta dirección o de otra unidad organizativa.

Lo anterior no obsta a que el *Compliance officer* pueda responder criminalmente cuando contribuye en ciertos esquemas delictivos (v. gr. no reportando dolosamente una operación sospechosa lo cual permite que dinero sucio entre a la entidad financiera), en tal sentido, por su carácter de garante responderán en comisión por omisión. Esto lo puede convertir en un coautor o partícipe necesario dependiendo de la entidad del aporte en la trama criminal conforme el caso concreto.<sup>51</sup> Por otro lado,

la negligencia respecto a la supervisión de lo que se realiza en primera línea de una institución financiera (v. gr. ejecutivos que no verifican la debida diligencia en nuevos clientes) puede significar una contribución antijurídica que entre en los linderos de la responsabilidad penal, traducible en ámbitos de imprudencia grave y hasta de dolo eventual. Es necesario agregar la posibilidad de una autoría mediata por parte del *Compliance officer* respecto de la alta dirección cuando no se le aporta a este último la información correcta que le permita tomar las medidas adecuadas para la neutralización de determinados riesgos que desembocan en la comisión de un delito de blanqueo de capitales.<sup>52</sup>

Por último, y siguiendo a Jacobo Dopico Gómez-Aller, no existe un deber de denunciar hechos delictivos a las autoridades públicas por parte del responsable de cumplimiento. Pues su deber es con relación a la empresa y es ante ella que ha decidido asumirlos.<sup>53</sup> En

---

cho, con independencia de si el aporte consiste en una acción o en una omisión, o si se realiza durante la ejecución o la fase previa. Sin embargo, teniendo en cuenta que el comportamiento con relevancia jurídica consiste en la prevención de riesgos delictivos, la mayor parte de sus aportaciones tendrá la forma de omisión. Vid. *La intervención delictiva del compliance officer*, art. cit., Pág. 199.

52 Sobre esta posibilidad: Vid. Silva Sánchez, J., *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, citado, Págs. 194-195.

53 Cfr. Dopico Gómez-Aller, J., "Posición de garante del *compliance officer* por infracción del «deber de control»: una aproximación tópica", en: Arroyo, L./Nieter, M., *El Derecho penal económico en la Era Compliance*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 213, Pág. 184.

---

50 Cfr. Silva Sánchez, J., *Deberes de vigilancia y Compliance empresarial*, art. cit. Págs. 243-244.

51 Como señalan acertadamente Bermejo M./Palermo O., el *Compliance officer* puede ser tanto autor o partícipe del delito no evitado según el poder que tenga para configurar lo principal o lo meramente accesorio del he-

consecuencia, estamos en presencia de un deber jurídico netamente empresarial. Afirmar la existencia de genéricas obligaciones de colaboración no es suficiente para admitir que puede tener una responsabilidad penal en estos casos.<sup>54</sup>

54 Sobre este punto, Sousa Mendes, sostiene: “[l]a posibilidad de atribución de responsabilidad penal no debe hacer olvidar que los oficiales de cumplimiento no forman parte de la estructura operativa de las empresas y que, por eso mismo, dependen de la información que les es transmitida por los departamentos operativos. Su capacidad de interferencia en las operaciones de las empresas es indirecta y depende en gran medida de la confianza que les sea otorgada por todos los colaboradores. Por su parte, tal confianza solo se mantendrá incólume si los oficiales de cumplimiento no son vistos como elementos extraños al ambiente empresarial, sino como agentes de buenas prácticas. De ahí se debería derivar que reportasen internamente (al órgano de administración) las anomalías y fallos de conformidad, a fin de que sean corregidas, pudiendo esto implicar, según los casos, la imposición de sanciones internas a los colaboradores que las cometieron. Por eso, sorprende que algunos ordenamientos jurídicos nacionales impongan a los oficiales de cumplimiento deberes de denuncia a las autoridades públicas competentes de los ilícitos que ellos mismos detecten en las empresas. Aquello que se pueda ganar con la denuncia de un solo ilícito ante la justicia, de nada valdría frente a todo el capital de confianza derrochado en un instante, comprometiéndose así, para el futuro, el éxito de las funciones de conformidad”. *Vid. Cumplimiento normativo, autorregulación regulada y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, citado, Pág. 16.

### 3.9 Los controles de auditoría

Los programas de cumplimiento deben ser implementados, auditados, y si así lo requiere la normativa interna, también certificados. De acuerdo con ello, el art. 16 del Reglamento CICAD-OEA, estipula que los *AML Compliance* cuenten con mecanismos de auditoría acorde con las normas para prevenir y detectar el lavado de activos. Esta es una manera de verificar el cumplimiento de los programas, normas, procedimientos y controles internos relacionados al lavado de activos y a la financiación del terrorismo.

Dicha auditoría podrá encomendarse a una firma externa registrada o a un auditor interno, pero debe asegurarse su independencia en el ejercicio de sus funciones profesionales y solo deberá informar a la junta de directores o a un comité de esta el resultado de su actividad.

En similar sentido se entiende el art. 16 letra C del Convenio Centroamericano cuando establece que los programas de cumplimiento normativo incluirán como mínimo, un “mecanismo de auditoría independiente para verificar el cumplimiento de los programas”.

Tales estipulaciones ponen el acento en una segunda línea de defensa, más allá de los controles internos inherentes a la actividad empresarial que se constituyen en la primera barrera de contención. En esta segunda línea de defensa, es donde los profesionales de la contabilidad y la auditoría se constituyen en una suerte de *gatekeepers* con clara referencia a la prevención y reporte de hechos delictivos.<sup>55</sup> Adicionalmente, po-

55 *Vid. Nieto Martín, A., Americanización o europeización del derecho penal económico*, citado,

demos encontrar la tercera línea de defensa cuyos actos son los órganos de supervisión de las entidades reguladas.

Ahora bien, la función esencial de los sistemas de auditoría en esta materia es revisar la calidad de los sistemas de cumplimiento y contribuir a asentar la cultura de la revisión externa de las empresas,<sup>56</sup> sin dejar de lado que poco a poco se va asentando a nivel internacional la idea de que ostenten una función cuasi policial de descubrir las irregularidades que puedan advertir dentro de las empresa y las reporten a las autoridades correspondientes, por ejemplo, las que encuentren en los balances financieros.<sup>57</sup>

Este proceso de revisión implica generalmente la observancia de ciertos estándares de calidad globalmente consensuados como lo constituyen los sistemas elaborados por la Organización Internacional de Normalización, dentro de los cuales se encuentra la ISO 37001 (cuya utilidad va más allá de ser un sistema de gestión antisoborno);<sup>58</sup> la ISO 37301 (que no es más que la superación de la importante ISO 19600<sup>59</sup>) y la UNE 19601<sup>60</sup> (aun-

que no sea una norma certificable establece oportunas reglas técnicas sobre el *Criminal compliance*).<sup>61</sup> De ahí que, como postula cierto sector doctrinario, la inobservancia de estas normas es un indicio de la ineficacia del programa de cumplimiento.<sup>62</sup>

#### 4. Conclusiones

Desde los años noventa del siglo pasado, nos encontramos ante un incesante proceso de expansión del fenómeno de la represión y prevención del blanqueo de capitales,<sup>63</sup> el

---

*Compliance* Penal.

---

Págs. 128-129.

56 Vid. Nieto Martín, A., “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, en: A.A.V.V., *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance*, *Anuario de Derecho penal*, 2013-2014, Pág. 177.

57 Cfr. Nieto Martín, A. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Revista de Política Criminal*, n° 5, 2008, Pág. 8.

58 UNE-ISO 37001 (2017): Sistemas de Gestión Antisoborno.

59 UNE-ISO 19600 (2015): Sistemas de Gestión de *Compliance*.

60 UNE-ISO 19601 (2017): Sistemas de Gestión de

61 No podemos negar que en el universo ISO podemos hacer referencia a otros estándares de calidad, tales como: la UNE 19602 (Sistemas de Gestión de *Compliance* Tributario); ISO 31022 (Directrices para la Gestión de Riesgos Legales) e ISO 37002 (Sistemas de Gestión de la Denuncia de Irregularidades), entre las más importantes. Sin embargo, debe recordarse su naturaleza jurídica de *soft law*, por ende, tales directrices no tienen un carácter vinculante como un precepto legal. Sin embargo, aportan ciertas concreciones en cuanto al cuidado debido para el establecimiento de riesgos jurídicamente no permitidos en materia empresarial, lo cual permite fijar de mejor manera –por ejemplo– los ámbitos de la imprudencia punible.

62 Cfr. Nieto Martín, A. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación*, citado, *passim*.

63 Sobre el proceso expansivo, Vid. Abel Souto, “La expansión mundial del blanqueo de dinero y las reformas penales españolas de 2015, con anotaciones relativas a los ordenamientos jurídicos de Bolivia, Alemania, Ecuador, Los Estados Unidos, México y Perú”, en: Guzmán Díaz, C./Carrión Díaz, J., *El delito de lava-*

cual se está convirtiendo en un delito “como-dín” (*Ersatz-Delikte*) bajo el razonamiento que su aplicación permitirá despojar a todo criminal de las ganancias obtenidas por cualquier delito antecedente sea cual sea su naturaleza. Ese proceso expansivo no solo ha consistido en facilitar su persecución y castigo penal, sino también, en requerir de los particulares –y en especial a las empresas– que colaboren en sostener la vigencia de la norma. Este es el recorrido que se aprecia tanto en las convenciones de las ONU, como en la diversa normativa internacional y regional como lo son las 40 Recomendaciones Internacionales del GAFI, las directivas europeas, el Reglamento Modelo CICAD-OEA o el convenio centroamericano.

Así, merced del desarrollo histórico del *corporate crime* norteamericano, junto con las prescripciones internacionales, estamos en presencia de un progresivo acrecentamiento de las obligaciones a personas naturales y jurídicas. Ellas empezaron con el deber de reporte de operaciones sospechosas acerca de una probable actividad de blanqueo hasta el establecimiento de programas de cumplimiento normativo a fin de evitar que las empresas se convirtieran en instrumentos de operaciones con dinero maculado. De igual manera, ciertos profesionales pasaron de convertirse de *whistleblowers* a una suerte de *gatekeepers* con la consiguiente obligación de evitar contribuir con las actividades de los “lavadores” so pena de ser sancionados administrativa, y hasta penalmente (abogados, notarios, contadores y auditores). El círculo se cierra mediante el control administrativo que realizan

entes regulatorios que ostentan amplias potestades sancionatorias.

En la dimensión preventiva, la autorregulación empresarial ha sido complementada con un modelo de supervisión pública, generando una suerte de corregulación entre particulares y el Estado. Fenómeno conocido como “autorregulación regulada”. Es así que actualmente es una exigencia ineludible para los actores de diversas actividades económicas la creación, implementación y mantenimiento de un programa de cumplimiento normativo dentro de su organización empresarial.

Dentro de estos programas los que más sobresalen son los relativos a la prevención del lavado de dinero y la financiación del terrorismo, los cuales, si bien se alimentan de los diversos componentes derivados de la experiencia norteamericana y de estándares técnicos internacionales, tienen sus propias peculiaridades. En esencia responden a cinco líneas fundamentales: evaluación, control y monitoreo de riesgos; la práctica de la debida diligencia en las relaciones comerciales; documentación y registro de transacciones y usuarios; los reportes de operaciones sospechosas a la unidad de inteligencia financiera; y la confidencialidad de toda información remitida. A ellos podemos agregar algunos otros elementos tales como los códigos de conducta, la elaboración de manuales del cumplimiento, la capacitación del personal, los canales de denuncias y la protección de los *whistleblowers*, entre otros.

Sin duda, al ser un tema que suele estar relacionado con la responsabilidad penal (o administrativa) de la persona jurídica, obviamente que su puesta en marcha algún efecto debe tener en los ojos de la justicia. Discusión que se bifurca en una proyección colectiva (responsabilidad del ente societario), pero también individual (responsabilidad de las

---

*do de activos*, Edit. Ibañez, 2019, Bogotá, Págs. 49-132.

personas físicas integradas en la estructura). A tales efectos, muchas legislaciones regulan que su implementación puede tener efectos atenuadores o hasta eximentes en lo concerniente a la aplicación de sanciones. Sobresale como pionero de lo anterior el art. 6.1. del decreto legislativo italiano n° 231 de 8 de junio de 2001, que regula la responsabilidad administrativa de la persona jurídica.

Tal tendencia se advierte en la reforma efectuada al Código Penal español mediante la Ley Orgánica 5/2010 que introdujo el art. 31 bis dentro de su contenido. Precepto modificado mediante la Ley Orgánica 1/2015, que en su redacción hace clara referencia al *criminal compliance* como una eximente de responsabilidad siempre y cuando sean idóneos para prevenir delitos o reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En América Latina, resalta la ley chilena sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica —Ley 20393 de 2 de diciembre de 2009— que establece su imputación “... siempre y que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión”. Entendido esto como la adopción e implementación de un modelo “de organización, administración y supervisión para prevenir delitos”. De igual forma conviene mencionar la ley peruana sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el proceso penal —Ley 30424—, que en su artículo 12 establece como eximente si el ente societario adopta e implementa en su organización —con anterioridad a la comisión del delito— un modelo de prevención idóneo para reducir significativamente el riesgo de comisión.<sup>64</sup> Sus requisitos aparecen estable-

cidos en el art. 17 del referido cuerpo legal. En la misma sintonía se encuentra la Ley de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica de Argentina —Ley 27401— que regula en su art. 9, una eximente penal y administrativa, en los casos de haberse implementado un sistema de control y supervisión con anterioridad al proceso penal que hubiera dificultado la comisión del delito.

Una regulación distinta nos ofrece el art. 11-bis del Código Penal Federal mexicano —adicionado el 17 de junio de 2016—, que estipula una atenuación hasta de una cuarta parte de la sanción si, con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva.

Quedan por discutir complejos problemas sobre cuál es su relevancia dentro del injusto relacionado con las personas jurídicas (un elemento negativo relacionado con el riesgo permitido) o la culpabilidad (defecto de organización). En lo relativo a su prueba en el proceso penal (quién debe ser sujeto procesal indicado para su alegación y prueba), la introducción del principio de oportunidad en cuanto a las facultades del fiscal para dispensar el ejercicio de la acción

<sup>64</sup> Conforme la reforma legislativa efectuada

el 12 de mayo de 2023 por el congreso peruano, tal eximente no será aplicable cuando “el delito es cometido por los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados, con capacidad de control de la persona jurídica, en este caso, el juez únicamente impone la medida administrativa de multa, la que puede ser reducida hasta en un noventa por ciento”.

penal contra una persona jurídica que decida implementar o rectificar su programa de cumplimiento y cuál es el estándar probatorio adecuado para valorarlo.<sup>65</sup> Por último, en el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito, queda la interrogante de si su puesta en marcha puede tener algún efecto de suspender o condicionar la aplicación de la sanción a imponer o la compatibilidad de esta responsabilidad con la extinción o pérdida de dominio ya adoptada por varios países en América Latina.

Lo que sí está claro es que tenemos *criminal compliance*, en la ciencia penal, para rato.

<sup>65</sup> Interesante lo que establece el art. 12 de la Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas de Costa Rica –Ley 9699– acerca del objeto de prueba en este tipo de procesos penales: “(i) se demostrará que el órgano de administración ha adoptado e implementado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización, prevención de delitos, gestión y control que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para evitar delitos de la misma naturaleza o para reducir, de forma significativa, el riesgo de su comisión. (ii) Se verificará que el funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención de delitos implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. Y (iii) se acreditará que no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere el subinciso anterior de este apartado”.

## 5. Bibliografía

- ABEL SOUTO, M. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Publicación de la Universidad Santiago de Compostela, España, 2002.
- “La expansión mundial del blanqueo de dinero y las reformas penales españolas de 2015, con anotaciones relativas a los ordenamientos jurídicos de Bolivia, Alemania, Ecuador, los Estados Unidos, México y Perú”, en: GUZMÁN DÍAZ C./CARRIÓN DÍAZ, *El delito de lavado de activos. Aspectos de política criminal, dogmáticos y probatorios*, Edit. Ibañez, Bogotá, 2019.
- ARBULÚ RAMÍREZ, J., *Gestión del Riesgo*, Edit. Justitia, Lima, 2018.
- BALCARCE F./BERRUEZO R., *Criminal compliance y personas jurídicas*, Edit. B de F., Montevideo, 2016.
- BERMEJO, M., *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2015.
- BERMEJO, M./PALERMO, O., “La intervención delictiva del *Compliance officer*”, en: KHULEN/MONTIEL/URBINA, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 4<sup>o</sup> Edición, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2015.
- CARRIÓN CENTENO, A., *Criminal compliance*. Edit. Thomson Reuters, Lima, 2014.
- COCA VILA, I., “Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada”, en: SILVA SÁNCHEZ, J./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Criminalidad de empresa y Compliance*, Edit. Atelier, Barcelona, 2013.
- DE LA TORRE LASCANO, C., *Lavado de activos: estudio sobre la prevención*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J., “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas”, en: *Po-*

- lítica criminal y Derecho penal*, 2º Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del «deber de control»: una aproximación tópica”, en: ARROYO, L./ NIETO, A., *El Derecho penal en la era del Compliance*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- FABIÁN CAPARROS, E., “Internacionalización del lavado de activos e internacionalización de su respuesta”, en: A.A.V.V., *Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial*, OEA, Washington, D.C., 2014.
- GARCÍA CAVERO, P., *El delito de lavado de activos*, 2º Edición, Edit. B de F, Montevideo, 2016.
- GÓMEZ MARTÍN, V., “*Compliance* y derechos de los trabajadores”, en: KHULEN L./MONTIEL J./URBINA, I., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- JAKOBS, G., “Criminalización del estadio previo a la lesión del bien jurídico”, en: *Estudios de Derecho penal*, Edit. Civitas, 1º Edición, Madrid, 1997.
- NAVAS MONDACA, I., “Los códigos de conducta y el derecho penal económico”, en: SILVA SÁNCHEZ J./MONTANER FERNÁNDEZ R., *Criminalidad de empresa y Compliance*, Edit. Atelier, Barcelona, 2013.
- NIETO MARTÍN, A., “¿Americanización o europeización del derecho penal económico?”, *Revista Penal*, nº 19, 2007.
- “El programa político-criminal del *corporate government*”, en: BAIGUN D./GARCÍA RIVAS N., *Delincuencia económica y corrupción*, Edit. Ediar, Buenos Aires, 2006.
- “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal”, en: A.A.V.V., *Temas de Derecho penal económico: empresa y Compliance*, *Anuario de Derecho penal*, 2013-2014.
- “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Revista de Política Criminal*, nº 5, 2008.
- PRADO SALDARRIAGA, V., *Lavado de activos y organizaciones criminales en Perú*, Edit. Idemsa, Lima, 2019.
- ROBLES PLANAS, R., “El responsable de cumplimiento (*compliance officer*) ante el derecho penal”, en: *Criminalidad de empresa y Compliance*, Edit. Atrelier, Barcelona, 2013.
- RODRÍGUEZ VILLAR, P./BERMEJO, M., *Prevención del lavado de dinero en el sector financiero*, Edit. Ad hoc, Buenos Aires, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, J., “Expansión del derecho penal y el blanqueo de capitales”, en: ABEL SOUTO M./SÁNCHEZ STEWART N., *II Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.
- *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Edit. B de F, Montevideo, 2016.
- SCHÜNEMANN, B., *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Edit. Tecnos, Madrid, 2002.
- SINTURA, F./MARTINEZ, W./QUINTANA, F., *Sistemas de prevención del lavado de activo y de financiación del terrorismo*, 2º edición, Edit. Legis, 2014.
- SOUSA MENDES, P., *Cumplimiento normativo, autorregulación regulada y responsabilidad de las personas jurídicas*, conferencia dictada en la Escuela Alemana de Ciencias Criminales y Dogmática Penal, Georg-August-Universität Göttingen, Alemania, 2021.
- UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, *Sentencias Guidelines Manual*, USA, 1993.
- WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

- WINTER ETCHEBERRY, J., “La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”, en: AMBOS K./CARO CORIA, D./MALARINO, E., *Lavado de activos y compliance*, Edit. Jurista Editores, 1º Edición, Lima, 2015.
- ZYSMAN QUIRÓS, D., *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2013.

RPMX

- Universidad de Huelva • Universidad de Salamanca •
- Universidad Pablo de Olavide • Universidad de Castilla-La Mancha •
- Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal •



**FGR**  
FISCALÍA GENERAL  
DE LA REPÚBLICA



INACIPE  
**48**  
AÑOS  
1976 • 2024

ISSN 2007-4700

