

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
UNIDAD DE POSTGRADOS



TEMA:

IMPLEMENTACIÓN Y EFICACIA DE LOS SISTEMAS DE COMPLIANCE EN LA
PREVENCIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS EN EL SALVADOR.

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO PENAL ECONÓMICO

PRESENTADA POR:
LIC. JOSÉ MIGUEL SARAVIA DUEÑAS

ASESOR DE CONTENIDO
MSC. HUGO DAGOBERTO PINEDA ARGUETA

SAN SALVADOR, 26 DE MAYO DE 2022

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSC. ROGER ARMANDO ARIAS

RECTOR

DR. RAÚL ERNESTO AZCÚNAGA LOPEZ

VICERECTOR ACADEMICO

ING. JUAN ROSA QUINTANILLA

VICERECTOR ADMINISTRATIVO

ING. FRANCISCO ANTONIO ALARCÓN SANDOVAL

SECRETARIO GENERAL

LIC. PEDRO HUMBERTO PEÑA MARIN

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUCENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA

DECANA

DR. EDGARDO HERRERA MEDRANO PACHECO

VICEDECANO

MSC. DIGNA REINA CONTRERAS DE CORNEJO

SECRETARIA

JOSÉ MIGUEL VASQUEZ LOPEZ

COORDINADOR UNIDAD DE POSGRADOS

DEDICATORIAS.

A Dios padre todo poderoso, por permitirme finalizar este postgrado, por proveerme siempre la fe, los ánimos y la energía que necesito para tratar de ser mejor día a día, por todas las bendiciones que me ha otorgado y siempre permanecer a mi lado y a la Santísima Virgen de Guadalupe, por los favores recibidos, por interceder siempre por mí y mi familia ante Dios nuestro señor.

A mis padres, Carmen Dalila Dueñas Aguilar de Saravia y José Entimo Saravia Aparicio, por haberme inculcado el coraje para cumplir mis metas y la fe en Dios para respaldarme en él, por ser mi ejemplo en todos los aspectos de la vida, por haberme formado y corregido bajo los principios de amor, responsabilidad, honradez y temor a Dios y por haber dejado una parte de su vida para que yo pudiera alcanzar mis sueños y metas.

A mi esposa, Laura Cecibel Zelaya de Saravia, por haberme apoyado desde el primer día, por darme los ánimos necesarios en los momentos difíciles, por el tiempo que le he robado para poder completar esta etapa de mi vida y el cariño y amor que siempre me comparte y por haber decidido acompañarme haciendo una vida a mi lado

AGRADECIMIENTOS.

A mis hermanos, José Gerardo Saravia Dueñas y José David Saravia Dueñas, por apoyarme y animarme siempre que los he necesitado, por siempre hacerme saber que no estoy solo y que los tengo conmigo en todo momento.

A mi asesor de tesis, Msc. Hugo Dagoberto Pineda, por la paciencia, enseñanzas y por los conocimientos necesarios que me inculco desde el pregrado y hasta este momento al haber concluido este trabajo de tesis y a todos los docentes que contribuyeron en mi formación académica.

INDICE

CAPITULO I

EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS Y LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN EN GENERAL

1.1 Elementos objetivos del tipo penal de lavado de dinero y activos.....	1
1.2 Elementos subjetivos del tipo de lavado de dinero y activos.....	12
1.2.1 El dolo.....	12
1.2.2 Autoría y Participación.....	14
1.3 Características del lavado de dinero.....	17
1.3.1 Internacionalidad.....	17
1.3.2 Profesionalidad.....	20
1.3.3 Complejidad de métodos y técnicas.....	20
1.4 El proceso de Lavado de lavado de dinero.....	21
1.4.1 Etapas del Lavado de dinero.....	22
1.5 Tipologías de Lavado de dinero.....	26
1.6 El lavado dinero y activos en el sistema financiero.....	28
1.7 Los mecanismos de prevención al delito de lavado de dinero y activos.....	30

CAPITULO II

INSTITUCIONES NACIONALES E INTERNACIONALES EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS.

2.1 La Organización de las Naciones Unidas (ONU).....	34
---	----

2.2 Instrumentos jurídicos internacionales en el combate a la delincuencia organizada transnacional.....	37
2.2.1 El soft law.....	39
2.2.2. El soft law como nueva fuente de Derecho internacional.....	40
2.2.3 Convenio de las naciones unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Convenio de Viena).....	41
2.2.4 Convención de Palermo año 2000, contra la delincuencia organizada transnacional.	42
2.2.5 Convención de Las Naciones Unidas contra la corrupción de (Convención de Mérida).....	45
2.2.6 Convenio Centro Americano, para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y activos.....	47
2.3 Instituciones privadas en la lucha contra el lavado de dinero y activos.....	50
2.3.1 El grupo de acción financiera internacional (GAFI).	50
2.3.2 El Grupo Egmont.	54
2.4 Instituciones nacionales en el combate contra el lavado de dinero y activos. ..	55
2.4.1 Sujetos de aplicación y sujetos obligados.	56
2.4.2 Instituciones financieras.....	59
2.4.3 Instituciones no Financieras, Actividades profesionales no financieras designadas o APNFD.....	61
2.4.4 Sujetos de fiscalización.....	63
2.5 Mecanismos de asistencia internacional entre los sujetos obligados.....	63

CAPITULO III
IMPLEMENTACIÓN DE LOS SISTEMA DE COMPLIANCE EN LA PREVENCIÓN DEL
DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS.

3.1. Origen y evolución de los sistemas de compliance.....	65
3.1.1. Implementación de los sistemas de compliance desde la perspectiva del Derecho Penal Económico.....	79
3.1.2 Los sistemas de compliance como instrumento de intervención estatal.....	80
3.1.3 El Lavado de dinero y su afectación al derecho de la libre competencia.....	85
3.2 Justificación político- criminal de los sistemas de Compliance.....	88
3.2.1 El cumplimiento de la normativa de compliance como excluyente de la responsabilidad penal en El Salvador.....	93
3.3 Programas de cumplimiento ad intra- ad extra.....	95
3.4 El Análisis de Riesgo del sujeto obligado.....	98
3.5 El oficial de cumplimiento.....	101
3.5.1 Requisitos del oficial y la oficialía de cumplimiento.....	102
3.5.2 Características del oficial de cumplimiento.....	106
3.5.3 Posición de garante del oficial de cumplimiento.....	107
3.6 El Manual de Políticas y procedimientos de prevención de lavado de dinero y el código de ética.....	113
3.7 El Código de ética.....	115
3.8 Canal de denuncias y el whistleblowing.....	117
3.9 Los sistemas de monitoreo y el reporte de operaciones sospechosas o irregulares.....	119

3.10 Política de Due Diligence.....	124
3.10.1 El principio de inconsistencia.	127
3.11 Resguardo de registros nominativos.	128
3.12 Programas de capacitación.....	128

CAPITULO IV

EFICACIA DE LOS SISTEMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO.

4.1 Características de un programa de Compliance eficaz.	133
4.1.1 Autonomía.....	133
4.1.2 Actualización constante.	134
4.1.3 Controles específicos.....	136
4.1.4 Distribución de responsabilidades.....	138
4.1.5 Identificación y mitigación de riesgos.....	138
4.1.6 Adaptación del modelo.....	139
4.2 Los sistemas de cumplimiento y el sistema disciplinario interno.	140
4.3 El control administrativo del marco de prevención de lavado de dinero.....	145
4.3.1 Inicio del procedimiento administrativo sancionador.	146
4.3.2 La investigación en el procedimiento administrativo sancionador.....	147
4.4 La auditoría interna de los sistemas de compliance.....	149
Recomendaciones.	156

INTRODUCCION.

Esta tesis, denominada “implementación y eficacia de los sistemas de compliance en la prevención del delito de lavado de dinero y activos en El Salvador”, es un análisis de los elementos indispensables y mínimos que debe poseer un sistema de administración de riesgos en la prevención del delito de lavado de dinero y activos, al cual están expuestos los sujetos obligados determinados por la ley. El sistema de compliance dentro de estas instituciones consideradas como sujetos obligados determina el grado compromiso que las instituciones poseen dentro de la prevención no solamente de lavado de dinero y activos sino también de otros delitos económicos.

El problema de investigación surge como: ¿Cuáles son los elementos que comprende, su forma de implementación y las características que debe contener un sistema de compliance eficaz en la prevención del delito de lavado de dinero y activos de las instituciones financieras de El Salvador? La presente es una investigación de tipo documental, su objetivo general de investigación es el de identificar la adecuada implementación y la eficacia de los sistemas de compliance, para la prevención del delito de lavado de dinero y activos. La investigación se justifica debido a que los sistemas de compliance comprenden en el moderno sistema penal una herramienta de autorregulación de las instituciones que son llamadas de riesgo y son fundamentales en la prevención del delito de lavado de dinero y activos. El método de investigación que se ha utilizado para la realización del presente trabajo de investigación ha sido el método inductivo y deductivo.

La prevención del delito de lavado de dinero y activos principalmente, así como de otros delitos económicos, ha tomado tanta importancia actualmente que vino a modificar postulados casi pétreos que se habían sostenido a nivel doctrinario por muchos años como por ejemplo el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y relacionándola directamente con la

implementación eficaz de los sistemas de compliance como causales de agravación o atenuación de la responsabilidad.

Los sistemas de Compliance cumplen con la función de prevención utilizando las políticas de prevención y un marco normativo interno dentro de la empresa o institución bancaria el cual se vuelve de obligatorio cumplimiento para todos los miembros de la institución, colaborando así con la política criminal externa del país a identificar a esas instituciones que pudiesen estar lavando activos.

La presente investigación, se desarrolla en cuatro capítulos. El primero denominado elementos objetivos y subjetivos del delito de lavado de dinero y activos, en el cual se desarrollan dogmáticamente los elementos del delito y se realiza su análisis doctrinario. El segundo capítulo “instituciones nacionales e internacionales en la prevención del delito de lavado de dinero y activos” donde se desarrollan las instituciones internacionales que se encargan de desarrollar los estándares a los cuales los países se adhieren y con los cuales buscan tener una cooperación mundial en la prevención de lavado de dinero y activos,

En el capítulo tres denominado “implementación de los sistemas de compliance en la prevención del delito de lavado de dinero y activos” en el cual se analizan los elementos que deben contener los sistemas de compliance para que estos sean efectivos y cumplan con los requerimientos legales establecidos y prevengan el delito de lavado de dinero y activos.

Al final de la investigación se han desarrollado conclusiones propias y se ha dejado constancia de las fuentes bibliográficas consultadas para la realización de la presente investigación.

LISTA DE ABREVIATURAS.

A/R	Administración de riesgo
ALD	Antilavado de dinero
ALD/CFT	Antilavado de dinero y financiamiento al terrorismo
APNFD	Actividades profesionales no financieras designadas
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BCR	Banco Central de Reserva
bis	dos veces
Cap.	Capítulo
CCP	Código Procesal Penal
	Centro Regional para el desarrollo y la cooperación jurídica de América Central
CEDEJU	
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CN	Constitución de la Republica de El Salvador
COCM	Código Procesal Civil y Mercantil
COT	Crimen Organizado Transnacional
CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
CSJ	Corte Suprema de Justicia
D.F	Distrito Federal
DD	Debida Diligencia
EBR	Enfoque basado en riesgo
Ed.	Editorial
EE. UU.	Estados Unidos de Norte América
ESW	Egmont Secure Web
FATF	Finantial Action Task Force

FGR	Fiscalía General de La Republica
FT	Financiamiento al terrorismo
G-7	Grupo de los 7
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional Grupo de Acción Financiera Internacional de América
GAFILAT	Latina Programa mundial contra el lavado de activos, producto
GPML	del delito y la financiación del terrorismo.
IIGM	Segunda guerra mundial
INACIPE	Instituto Nacional de Ciencias Penales
Inc.	Inciso
LCLDA	Ley contra lavado de dinero
No	Número
NRP	
	Organización para la cooperación y el desarrollo
OCDE	económico
OEA	Organización de los estados americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PEP	Persona Expuesta Públicamente
PNC	Policía Nacional Civil
PPD	Política de prevención ampliada
PYMES	Pequeñas y Medianas empresas
Ref.	Referencia
RLCLDA	Reglamento de la Ley contra lavado de dinero
ROS	Reporte de operación sospechosa
SSF	Superintendencia del Sistema Financiero
TBML	Trade Based Money Laundering
UIF	Unidad de investigación financiera

UNODC
vid

Oficina de las Naciones Unidas contra la droga
véase

CAPITULO I

**EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS Y LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN
EN GENERAL**

1.1 Elementos objetivos del tipo penal de lavado de dinero y activos.

1.1.1 Sujeto Activo.

En la legislación salvadoreña, el delito de lavado de dinero, se encuentra regulado en la ley contra lavado de dinero y activos, esta entro en vigencia el día dos de junio del año mil novecientos noventa y nueve, en ella se estableció la figura del delito de lavado de dinero y sus diversas formas de comisión, describiendo una serie de conductas típicas y definiéndolas no en un solo tipo penal, sino creando un catálogo de tipos por medio de los cuales el autor del delito buscaba que los bienes obtenidos ilícitamente, fueran reingresados a la economía legal y de esa forma poder disfrutar de los bienes obtenidos.

El sujeto activo, como lo señala Santiago Mir, es quien realiza el tipo penal¹, *este sujeto es quien cumple con todos los requisitos de punibilidad que condiciona el tipo penal para poder imputársele a él la comisión de este, el sujeto activo del delito.* El sujeto activo, en el tipo penal de lavado de dinero, es aquel entonces que adecua su conducta a lo descrito por el legislador en el tipo penal; en la ley contra lavado de dinero y activos, se regulan varias figuras que se desprenden del lavado de dinero, y es necesario identificar en cada una de las modalidades, el sujeto activo que interviene en ellas, ya que en algunos casos quien interviene debe tener una cualidad especial que lo distingue de las demás figuras.

¹ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General 9ª Edición*, (Barcelona, Editorial Reppertor, 2011), Pág. 229

Podemos considerar, por ende, al delito de lavado de dinero y activos como una figura común, pero que en sus diferentes modalidades existen algunas que sí necesitan que él autor cuente con una cualidad excepcional, contenido semejante a los delitos especiales impropios, ya que podemos observarlo como aquel comportamiento delictivo común que en un momento determinado se transforma en especial, a raíz de la condición personal del sujeto que lo realiza, constituyéndose tal condición en el elemento indispensable para atenuarlo o agravarlo².

El tipo penal base, lavado de dinero y activos, regulado en el artículo 4 de la ley contra lavado de dinero y activos, así como el tipo de casos especiales de lavado de dinero y activos regulado en el artículo 5, y los tipos especiales de encubrimiento regulados en el artículo 7 literales a), b) d), e) de la ley corresponden a tipos penales en los cuales el sujeto activo no amerita ninguna cualidad especial para poder cometer el injusto penal; pueden ser cometidos por cualquier persona ya sea de manera directa o en forma de coautoría.

En los casos especiales del delito de encubrimiento, tenemos en el literal c) del artículo 7 de la ley, que para cometer esta modalidad es necesario que sea un superintendente o un funcionario, empleado de los organismos fiscalizadores, quienes comuniquen u obstaculicen el conocimiento a la fiscalía general de la República, es pues que frente a nosotros tenemos una modalidad especial del tipo penal de lavado de dinero y activos. El tipo de encubrimiento culposos regulado en el artículo 8 de la ley, tiene como condición especial del sujeto activo, que si el encubrimiento se produjere por negligencia, impericia o ignorancia inexcusable en las atribuciones de los funcionarios o empleados de las instituciones a que se refiere el artículo 2 de la ley, o de los organismos fiscalizadores o de supervisión, tenemos entonces que otra modalidad de lavado de dinero en el que el sujeto pasivo necesita esta condición especial para poder cometerlo.

² Ricardo Núñez, *Derecho Penal Argentino. Parte General. Tomo II.* (Buenos Aires, Lerner Editora S.R.L, 1960), pág. 176

El sujeto activo del delito de lavado de dinero y activos sería entonces aquel sujeto que buscaría introducir el dinero ilícito, burlando los controles establecidos por los sujetos obligados, o ayudando a eludirlos como es el caso de las modalidades especiales de este delito.

1.1.2 Sujeto Pasivo

Dado que el sujeto pasivo del delito se define como el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, o sea, aquel que detenta la titularidad o es portador del interés cuya ofensa “constituye la esencia del delito”, bien puede concluirse que el sujeto pasivo del lavado de activos es el Estado, por ser quien detenta la titularidad de los valores tutelados, es decir, el orden socioeconómico y la administración de justicia³.

En nuestra normativa, rige la concepción amplia de lo que es la autonomía del delito de lavado de dinero y activos, ya que, en un proceso penal, no es necesario a efecto de comprobar tal ilícito, ¡demostrare! nomen juris de éste, que conlleva, cuándo, quién lo cometió y cómo lo cometió y quién es el sujeto pasivo del delito, ello no debe dar pauta para entender, que no es que no tenga que comprobarse el origen ilícito de los fondos, sino que éste ha de inferirse de las circunstancias objetivas y particulares del caso; el sujeto pasivo es por ende la Sociedad y el Estado como encargado del orden financiero y monetario, que dirige la actividad económica del país⁴.

Se considera un delito pluriofensivo que es aquel que lesiona o pone en peligro directa o inmediatamente varios bienes jurídicos, siendo algunos de los bienes primarios afectados con la comisión de este delito el patrimonio, el mismo bien jurídico del delito precedente que origina los bienes a blanquear, la administración de justicia, el orden socioeconómico, la estabilidad,

³Álvaro Vargas, *El Lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*, (Colombia, Universidad Sergio Arboleda, 2017), Pág. 58

⁴ Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ref. 8-CAS-2015, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

solidez y transparencia del sistema financiero, la libre competencia y el tráfico lícito de los bienes que circulan en el mercado, la estabilidad o seguridad de las naciones y el sistema democrático de gobierno, entre otros⁵.

Al referirnos a la naturaleza pluriofensiva del delito de lavado de dinero y activos y el cual pone en riesgo a la sociedad en su conjunto, afectando bienes jurídicos tutelados de sectores económicos completos, como lo pueden ser el sistema financiero, el mercado, los cuales trascienden el daño a una persona individual y lesiona los intereses de una gran cantidad de personas, así como el estado en general. Verbigracia de ello, podemos observar, que, al lesionar el orden socioeconómico del estado, afecta a todos los entes económicos que participan del mismo, ya sea como consumidores, productores, a la recolección de tributos por parte del estado, que desemboca en una afectación a los intereses colectivos de todos los ciudadanos.

1.1.3 Objeto

Cuando se hace referencia al objeto del delito, este consiste en el objeto sobre el cual recae la acción, este objeto puede distinguirse de dos tipos, el objeto material y el objeto jurídico, uno hace mención de aquel bien perteneciente al mundo exterior y sobre el cual el sujeto activo ejerce las acciones que describe el tipo penal, mientras que el objeto jurídico, hace mención del bien jurídico protegido, como el interés o valor protegido por el tipo penal.

1.1.3.1 Objeto material

Es la sustancia física o abstracta sobre la cual recae la conducta del sujeto activo. De acuerdo a nuestra legislación en prevención de lavado de dinero y activos, los comportamientos por

⁵ Cámara tercera de lo penal de la primera sección del centro, Ref. INC. 229-2015 (Corte Suprema de Justicia, 2015)

medio de los cuales se obtienen los bienes que el lavador, pretende lavar, se desprenden en principio de un catálogo de delitos que enumera las actividades, estas actividades que describe el artículo 6 de la ley contra lavado de dinero y activos conforma un sistema de *numerus clausus* en principio, pero que el mismo literal “p”), abre al mismo tiempo este catálogo al referirse a que cualquier acto de encubrimiento o legalización de dinero o bienes ilícitos pueden ser considerados delitos generadores de lavado de dinero y activos.

El objeto material del delito es el objeto (por tanto, cosa) sobre la que recae físicamente la acción típica, a diferencia del bien jurídico protegido (que son valores ideales e inmateriales)⁶.

El artículo 4 de la ley contra lavado de dinero habla de quien realice la conducta típica sobre fondos, bienes o derechos relacionados que procedan estos directa o indirectamente de actividades delictivas, es decir que el bien material del delito puede ser un bien tangible o intangible; el *producta sceleris*, o los bienes producidos por el delito, pueden ser dinero en efectivo, títulos valores, bienes muebles o inmuebles.

Así mismo, el producto indirecto de ese delito, denominado *fructos sceleris*, configura el resultado mediato del delito, o sea, el provecho obtenido por el delincuente como resultado de la utilización económica del producto del crimen. Ejemplifican lo dicho, un bien inmueble adquirido con valores provenientes del tráfico de drogas o el de un automóvil obtenido con los valores derivados de un delito de extorsión⁷.

La Convención de Viena de 1998, en su artículo 1 literal q), menciona que: por “bienes” se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, intangibles o tangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros

⁶ Pedro Ángel Rubio Lara, *Manual teórico-práctico de la teoría jurídica del delito*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017), Pág. 36

⁷ Ob cit. Álvaro Vargas, *El lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito*, (Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2017), Pág. 59

derechos sobre dichos activos”, de la misma forma, otras disposiciones legales establecen que activos pueden ser considerados como bienes, por ejemplo: el artículo 2 literal d) de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional, y el art. 1.1 del Convenio Centroamericano para la prevención y represión de los lavado de dinero y de Activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas.”.

Todas las disposiciones dictadas anteriormente tienen un denominador común, en el cual engloban en el término “bien”, una gama extensa de activos de diferentes naturalezas.

Otro tema de suma importancia es tomar a consideración si el valor del objeto material es determinante para considerarlo un factor objetivo de punibilidad, la doctrina nos menciona que *“el monto del lavado puede tener relevancia para establecer supuestos de insignificante afectación, en el marco del binomio legalidad oportunidad, art.20 n° 1 del código procesal penal en adelante CPP o los casos de absoluta intrascendencia según el art.3 CPP, con sus respectivos efectos legales”*⁸.

La sentencia 222-C-2013, menciona que: el lavado de dinero y activos comprende una constelación de verbos; sin embargo, no se advierte en las descripciones legales la exigencia de lesión o peligro concreto de lesión, basta un peligro abstracto, en el cual el monto descubierto en el proceso de lavado es adecuado para ser parte del trastorno que se genera en el orden socioeconómico, el ingreso de dinero de origen delictivo a la Economía⁹.

Podemos deducir de ello que, para que se considere afectado el orden socio económico es necesario que la cantidad delictual lavada, sea significativa; no puede reprochársele el injusto penal a una persona que no ha causado una conducta que distorsione o ponga en peligro el

⁸ Sala de lo Penal de La Corte Suprema de Justicia, Ref. 107-CAS-2008, (Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2008).

⁹ Sala de lo Penal de La Corte Suprema de Justicia, Ref. 222-C-2013, (Corte Suprema de Justicia, El Salvador, 2013).

sistema económico, ya que la corriente mayoritaria sostiene que es el “orden económico” el bien jurídico protegido por este tipo penal¹⁰.

1.1.3.2 Objeto jurídico: El bien jurídico protegido

Autonomía.

Para poder identificar los valores jurídicamente tutelados por los tipos penales de lavado de dinero y activos, es de vital importancia identificar la autonomía que reviste este; el delito de lavado de dinero es un delito autónomo. La base de la autonomía del delito de lavado de dinero y activos es la independencia de la existencia de este del delito previo o subyacente, es decir que no es necesario que exista una condena previa por el delito fuente, para que pueda existir una condena por el delito de lavado de dinero.

La determinación del tipo de ilicitud del elemento objetivo del tipo, previsto expresamente como “origen ilícito”¹¹, no determina en ningún caso que sea necesario que exista una condena previa como elemento objetivo de procesabilidad en el delito de lavado de dinero y activos, sino, en el sentido que debe demostrarse el origen lícito de los bienes y que tengan concordancia con el perfil económico del procesado.

La Sala de lo penal manifiesta sobre ello que “la autonomía del delito de lavado de dinero y activos surge de su propia configuración típica, de donde la relación con actividades delictuales precedentes es desde luego indispensable, pero no menos diferente del tratamiento que recibe,

¹⁰ Otras corrientes doctrinarias discrepan con respecto al bien jurídico tutelado, una corriente minoritaria, sostiene que el bien jurídico protegido, es el mismo que protege el tipo previo, y que el delito de lavado de dinero y activos sería solamente un reforzamiento de esta tutela; otra corriente menciona que es la Hacienda pública, el interés protegido frente a un ataque posterior al de la defraudación, aunque la doctrina mayoritaria, sostiene que los valores protegidos son los del orden socioeconómico, la administración de justicia, y en ocasiones se hace referencia al tráfico lícito de los bienes. Al respecto vid. Juan Carlos Ferré Olivé, *V Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018), Pág.338, vid. también Carlos Aranguéz Sánchez, *‘El delito de blanqueo de capitales’*, (Madrid, Marcial Pons, 2000), Pág. 84.

¹¹ Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca, *El delito Fuente en El Lavado de Activos*, (Lima, Anuario de Derecho Penal, 2013), Pág.

verbigracia, el delito de receptación Art. 214-A CPP., sin que esa interdependencia torne dispensable su propia autonomía; en todo caso, cabe preguntarse si la imputación de la construcción típica depende, invariablemente, de la comprobación de la procedencia de los bienes o, si a partir de indicios obtenidos y en ejercicio de la simple experiencia humana, es posible atribuir válidamente una conducta calificada tal a una persona, para luego en el ejercicio de la jurisdicción fijar con claridad el cumplimiento total o parcial de los tipos penales en relación con la conducta objeto de juzgamiento. Cabe acotar que la Sala se inclina por ésta última posibilidad.”¹²

El criterio de la Sala de lo penal de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), señala que, si bien es cierto el delito precedente es parte importante en la funcionalidad del delito de lavado de dinero y activos, la construcción típica del tipo contiene los elementos suficientes para establecer la participación del autor en la comisión de lavado de dinero y activos, ya que lo que busca el legislador es que el autor justifique el origen de los bienes, mas no así el cometimiento de otros delitos considerados antecedentes o delitos fuente.¹³

El argumento sustancial es que si se considerara al delito de lavado de activos como estructura típica totalmente dependiente del delito previo, simplemente el tipo penal resultaría inaplicable, pues solo generaría la impunidad de los actos concomitantes del sistema económico y generatrices de la ineficacia de la administración de justicia en cuanto a la prevención, investigación y represión del estos delitos, lo que a su vez significa una burla a las expectativas sociales y una defraudación de la finalidad político-criminal que inspiró la configuración del delito de lavado de activos, tanto en los Convenios internacionales así como en las propias legislaciones nacionales.¹⁴

¹² Sala de lo Penal de la Corte suprema de Justicia, Ref. 228-CAS-2004, (Corte Suprema de Justicia, El Salvador,2004).

¹³ Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ref. 8-CAS-2015, (Corte Suprema de Justicia, El Salvador,2015)

¹⁴ Tomás Aladino, Autonomía del delito de lavado de activos. Cosa decidida y cosa juzgada (Lima: Ideas, 2016), Pág. 195.

El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena.¹⁵

En la redacción que el legislador hizo al tipo penal de lavado de dinero y activos, hizo hincapié, en el ocultamiento y encubrimiento de los bienes obtenidos ilícitamente, y estableció además el sentido de la norma o "*ratio legis*" el cual no era un requisito objetivo de punibilidad la condena por el delito precedente, sino que la conducta típica va encaminada como ya se mencionó a ocultar o las ganancias ilícitas y aquellos bienes que no pueda probarse su origen legal.

Habiendo determinado la autonomía del delito de lavado de dinero y activos, y que este puede ser diferente al protegido en el delito previo, ya que son tipos penales independientes y que buscan proteger intereses diferentes, podemos determinar el bien jurídico protegido de carácter mediato e inmediato que el legislador tuvo a bien proteger con el tipo penal.

Doctrinariamente, los tipos penales, se pueden clasificar según los bienes jurídicos que protegen en uniofensivos y pluriofensivos, los delitos uniofensivos son aquellos que lesionan o ponen en peligro directa o indirectamente un solo bien jurídico protegido; los delitos pluriofensivos son aquellos que lesionan o ponen en peligro varios bienes jurídicos.

Revisando jurisprudencia comparada argentina, se observa que se considera al delito de lavado de dinero como un delito uniofensivo, en el cual el bien jurídico mediato es el orden socioeconómico, entendiéndose este tanto en su sentido estricto, como en su sentido amplio¹⁶.

¹⁵ Tomás Aladino, Autonomía del delito de lavado de activos. Cosa decidida y cosa juzgada (Lima: Ideas, 2016), Pág. 196.

¹⁶ Ventura González, *Nociones generales sobre Derecho Penal económico*, (Buenos Aires, Editorial, Cuyo, 1998), Pág. 19

El Derecho penal económico en sentido amplio abarcaría la comisión de delitos pertenecientes a la órbita del Derecho penal “clásico”, en tanto en cuanto se ejecuten en el ámbito de la empresa o de los negocios; este sector no plantearía, obviamente, especiales problemas de legitimidad a la hora de criminalizar comportamientos, dado que se articularía sobre la vulneración de bienes jurídicos también “clásicos”, como el patrimonio o la seguridad en el tráfico jurídico. Frente a este sector, el Derecho penal económico en sentido estricto englobaría todos aquellos delitos orientados a la protección de las condiciones esenciales de funcionamiento del sistema económico respectivo y eventualmente dado al legislador en la Constitución.¹⁷

Lo que busca proteger el legislador con ello es la política económica y la dirección que el mismo establece, para su normal y sano funcionamiento, siendo esta la razón de la ley establecida por la constitución y la orientación que el Estado le da al *ius puniendi*.

Como bien jurídico inmediato o directamente tutelado, es comúnmente un interés jurídico de naturaleza patrimonial, este puede ser de carácter individual o supraindividual; el bien jurídico inmediato es discutido doctrinalmente y se toman en consideración varios aspectos como: la libre competencia, la estabilidad y solidez del sistema financiero, el tráfico financiero y económico legal, y el normal funcionamiento de los mecanismos de la economía.

1.1.4 Conducta Típica.

La constelación de conductas típica que se encuentran recogidas en el tipo penal de lavado de dinero es una de las más variadas en comparación a otros tipos penales, estas conductas típicas abarcan tanto conductas activas como omisivas, con respecto al tipo penal.

¹⁷ Carlos Martínez, Derecho Penal Económico y de la empresa, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015), Pág. 88

El tipo penal de lavado de dinero y activos en su modalidad base, regulada en el artículo 4 y los demás subtipos de lavado de dinero que se encuentran en los artículos siguientes, recogen una gama de conductas; en la Convención de las Naciones Unidas (ONU) contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, en su artículo 3 literal (b, i), podemos encontrar la clasificación de las categorías mediante la cual se tipifica el delito de lavado de dinero y activos, que pueden clasificarse en actos de conversión, actos de tenencia y actos de ocultamiento.

Verbigracia de actos de conversión podemos identificar en el texto de la ley de lavado de dinero los de depositar, comprar, retirar convertir, transferir, utilizar, inversión, comprar, receptor y trasegar, sin perjuicio que en la enorme cantidad de tipologías que los lavadores de dinero y el crimen organizado pudiese utilizar cualquier otro método o acto con el objetivo de convertir o transformar el producto del delito en otro, con el objetivo de difuminar el rastro del delito precedente.

Así mismo la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción o Convención de Palermo del año 2006, en su artículo 6, literal a), i), hace mención de los actos de conversión o de transferencia de bienes.

Como actos de ocultamiento y tenencia regulados, podemos mencionar conductas como, encubrir, adquirir, recibir, poseer, mantener en poder (nuda propiedad), guardar, custodiar, administrar, disfrazar, mover, no informar, impedir, ayudar a eludir, obstaculizar, simular, por medio de estos actos, encubrir y ocultar, lo que se busca es sustraer los bienes de la vista de la Administración de justicia y eludir las consecuencias jurídicas del delito.

Las conductas típicas, están relacionadas directamente con los diversos tipos de tipologías que los lavadores de dinero, sujetos activos del delito utilizan para poder utilizar como vehículos a las instituciones financieras, dentro de estas conductas y los diferentes tipos de actos de ocultamiento de transferencia y de dominio ejecutan.

La conducta típica, no siempre se comete en un solo acto, sino que materializa en una diversidad de actos como por ejemplo en la técnica del pitufeo, en la cual el sujeto activo del delito fracciona en múltiples porciones el dinero objeto material del delito y lo distribuye entre varias personas (pitufos), con el objeto de que lo depositen en su cuenta realizando actos de transferencia, para que de esta manera el dinero pueda ser retirado con posterioridad por el mismo.

1.2 Elementos subjetivos del tipo de lavado de dinero y activos.

1.2.1 El dolo

El lavado de activos tiene dos puntos de vista a través de los cuales se puede analizar, uno como conducta que se reprocha penalmente, competencia del Derecho penal, y dos, como riesgo el cual se mira dentro de la órbita del Derecho administrativo sancionador.

Cuando hablamos de lavado de activos como comportamiento criminal, nos estamos refiriendo a un comportamiento que se desarrolla con conocimiento y voluntad, con intención, a sabiendas, es un comportamiento naturalmente doloso. Si nos referimos al lavado de activos como riesgo, vemos que nace una obligación de gestión, lo que implica que, si el comportamiento no se adecua a un mínimo de gestión, o existe un descuido, se ve expuesto a una sanción del Derecho Administrativo a través del supervisor.¹⁸

Se puede establecer que el sujeto activo del lavado de activos no es siempre el mismo que el del delito fuente, en tanto el dolo de este puede ser de carácter eventual, esto es, no tener el conocimiento ni haber participado de la conducta previa, pero si saber que los bienes o dineros

¹⁸ Luis Fernando Quevedo Quintero, *La culpa en el lavado de activos, una extrapolación no viable*, (Mar de Plata, Felaban, 2011) Pág. 14.

que están ocultando, convirtiendo o introduciendo en el mercado no tiene una procedencia lícita¹⁹.

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia nos dice que: *“el lavado de dinero es un hecho punible autónomo y eminentemente doloso, situación por la que el conocimiento del origen delictivo de los bienes o que los mismos procedan de un delito, es un elemento normativo, que conlleva las circunstancias que le permitían inferir al autor del hecho el origen delictivo de los bienes; es decir, que no se requiere un conocimiento pormenorizado del delito cometido sino que esté consciente de los actos que realiza, por lo tanto, al comprobarse tal circunstancia bastaría para acreditarse el origen ilícito del dinero objeto de lavado”*²⁰.

Podemos observar, como menciona la Sala, que, al tener un conocimiento del origen de los bienes de naturaleza criminal, el sujeto pasivo, configura el elemento cognitivo del dolo en ese momento, y por ende no puede desconocer, que, a sabiendas del origen de estos, decide (elemento volitivo), realizar cualquiera de las conductas típicas con los bienes obtenidos del delito previo. De esta manera se realizan los dos elementos fundamentales del dolo, el elemento cognitivo, es decir el conocimiento, y el elemento volitivo o la voluntad de realizar la acción u omisión.

En cuanto a la órbita del delito de lavado de dinero y activos como riesgo, podemos hacer referencia al aparato administrativo sancionador que se encarga de gestionar la prevención de riesgo de lavado de dinero y activos en las instituciones o sujetos obligados, con el fin de que estas instituciones prevengan y detecten operaciones irregulares o sospechosas, esto por

¹⁹ Nadia Guadalupe Gutiérrez Chávez, *Estándar Probatorio en el delito de lavado de activos y su incidencia en el debido proceso respecto a la presunción de inocencia del procesado*, (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2019) Pág. 28.

²⁰ Sala de lo penal, Casación 8-CAS-2015, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015)

medio de un marco legal de carácter administrativo, encargado de la Superintendencia del sistema financiero y del Banco Central de Reserva²¹.

1.2.2 Autoría y Participación.

Ha sido discutido ampliamente el tema de la autoría y la participación en el delito de lavado de dinero y activos, sobre todo porque el sujeto activo del tipo no siempre es una persona individual, si no una organización criminal, en la cual intervienen varios sujetos y los cuales en mayor o menor medida son responsables penalmente de la comisión del injusto. Esta discusión entre las posturas clásicas de *societas delinquere non potest*, y las nuevas posturas doctrinales impulsadas por la responsabilidad penal de las personas jurídicas instaurada en algunos países, han generado cambios en las posturas doctrinarias de la imputación de la responsabilidad penal, en los aparatos de poder organizados y en las llamadas empresas criminales.

No es una buena solución utilizar para los supuestos de delincuencia organizada (menos aun en la empresarial, en la que resultaría casi imposible y especialmente negativo) tipos absolutamente omnicomprensivos, en que las diferencias entre preparación, ejecución y consumación se diluyan y se consagren para ciertos delitos conceptos unitarios de autor, es decir, que cualquiera que intervenga en ellos sea autor. Con eso se pierden las ventajas, propias del Derecho penal de un Estado de Derecho, de un preciso perfilamiento de lo típico y se igualan conductas de diferente gravedad, extendiéndose indebidamente la punibilidad.²²

²¹ En el Derecho Administrativo Sancionador, el principio de legalidad de las sanciones administrativas exige que una norma con fuerza material de ley establezca una descripción genérica de las conductas sancionables, las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a reglamentos, instructivos y normas técnicas la descripción pormenorizada de las conductas reprochables, sin que pueda decirse en este caso que las normas de carácter infralegal complementan los enunciados legales, pues se trata de una remisión normativa determinada específicamente por la disposición legal de carácter sancionador vid. Sala de lo constitucional, 27-2018, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018).

²² Miguel Díaz y García Conlledo, *Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos*, (Madrid, Nuevo foro penal N°7, 2007). Pág. 118.

Podemos entonces, determinar que las teorías unitarias de la autoría, no son utilizables y son deficientes en los delitos contra el orden socioeconómico más específicamente en el delito de lavado de dinero y activos, por su grado de complejidad y por qué no es posible identificar bajo este tipo de organizaciones los grados de participación criminal, de cada uno de los intervinientes, es por ello que es necesario acudir a las teorías objetivas de la autoría por medio de las cuales podemos extraer e individualizar el grado de responsabilidad penal que posee cada uno.

El delito de lavado de dinero y activos admite todas las formas de autoría y participación, dependiendo del tipo penal de que se trate, podemos encontrar varias formas de autoría y participación.

El tipo penal del artículo 4 de la LCLDA, en su descripción típica menciona tanto la autoría directa por medio del cual el sujeto activo puede ejecutar todos los presupuestos relatados en el tipo, así como la coautoría en el supuesto de encontrarse dos o más personas realizando el hecho descrito, de igual forma, en el mismo tipo penal se establece que también serán autores directos los que ayudasen a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

Dentro de las modalidades establecidas en el artículo 7 de la LCLDA, aquellas personas que ayuden a encubrir el origen o destino de los bienes ilícitos, no serán considerados como cómplices como los clasifica el Código Penal en su artículo 36,²³ si no que el legislador considera que al favorecer la sustracción del sujeto activo del delito de lavado de dinero, este lesiona el bien jurídico protegido mediante otra modalidad de lavado de dinero y activos, podemos mencionar que desde un punto de vista teleológico tomando en consideración que la finalidad del delito de lavado de dinero y activos es ocultar y disfrazar esos bienes, los

²³ “Se consideran cómplices: 1) Los que presten al autor o autores una cooperación, de tal modo necesaria, que sin ella no hubiere podido realizarse el delito; y, 2) Los que presten su cooperación de cualquier otro modo a la realización del delito, aún mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquél.

encubridores se convierten en sujetos activos al obstruir la administración de justicia y lesionar con ello el orden socioeconómico.

En El Salvador, el criterio que es utilizado, para los supuestos de incumplimiento de las obligaciones impuestas por la LCLDA, así como de los delitos que sean cometidos por una persona jurídica, se encuentra regulados en el artículo 15 del mismo cuerpo legal, el cual reza que: *“el sujeto obligado asumirá la responsabilidad que regula el art. 38 inciso segundo del Código Penal, sin perjuicio de las responsabilidades penales personales que fueren aplicables conforme al capítulo II de esta ley, así como de las distintas maneras de coparticipación delictiva que se regulan en el Código penal y de otras consecuencias que resultaren aplicables, incluso las de orden administrativo”*²⁴.

La figura a la cual nos remite es a la del actuar por otro, el Código Penal nos menciona en su artículo 38, que; “El que actuare como directivo o administrador de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la persona en cuyo nombre o representación obrare.

En todo caso, la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial. No obstante, lo anterior, en el caso de los delitos de cohecho propio, cohecho impropio, cohecho activo y soborno transnacional, la persona jurídica será solidariamente responsable por los daños causados en los términos establecidos en el Art. 118 de este Código”.

El precepto citado lo único que hace es “transmitir” o suplir en el administrador o representante, que carece de ella, la característica propia de un delito especial que concurre en la persona jurídica de la que se es administrador o en la persona física en cuyo nombre o representación

²⁴ Corte Suprema de Justicia, ley contra lavado de dinero y activos, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1999), Art. 15

se actúa, pero, para que el administrador o representante responda como autor del delito, deberá realizar la conducta propia de la autoría.²⁵

1.3 Características del lavado de dinero.

El delito de lavado de dinero es un fenómeno por demás complejo, intervienen un gran número de factores y aspectos los cuales están relacionados al ámbito en el cual se desarrolla, los actores que intervienen en él, y las diferentes técnicas o tipologías que son utilizadas para como ya se mencionó *supra*, ocultar o transformar la masa delictiva, para posteriormente reinsertarla en la economía.

El delito de lavado de dinero posee ciertas características que desde un punto de vista funcional lo diferencian de otro tipo de actividades delictivas y estas características inherentes al tipo son las que contribuyen a que el delito de lavado de dinero y activos sea un delito de suma complejidad.

1.3.1 Internacionalidad.

Como se ha visto, la globalización, las economías abiertas y los avances en las tecnologías de internet, así como de las comunicaciones, aunado al aumento de la movilidad de las personas y el intercambio intercultural sin fronteras, facilitan la comisión de determinados delitos, cuyo actor — en la mayoría de las ocasiones— es la delincuencia organizada²⁶.

Modernamente el delito tiende a internacionalizarse, de lo que dan ejemplos la trata de blancas y el tráfico de drogas enervantes. Ciertos delincuentes de las finanzas (...) ofrecen el mejor ejemplo de la vida internacional del delito. Como consecuencia de ello encontramos que todos los países civilizados van firmando tratados de extradición para la entrega de los delincuentes

²⁵ Miguel Díaz y García Conlledo, *Autoría y Participación*, (Chile, Revista de Estudios de Justicia, 2008) Pág. 40.

²⁶ Francisco Javier Dondé Matute, *Delitos Transnacionales*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018) Pág. 20.

que se sustraen a su persecución²⁷. En el terreno de los grupos de delincuencia organizada, define a aquellos que operan en varios países llevando a cabo en todos ellos sus actividades delictivas. Su equivalente en la sociedad civil son las empresas multinacionales, por ello se habla en ocasiones, cuando se trata de grupos delictivos de este tipo, de multinacionales del crimen²⁸.

La criminalidad organizada, obviamente, ha existido siempre. Pero hoy, como está ampliamente documentado, ha adquirido un desarrollo transnacional y una importancia y un peso financiero sin precedentes, hasta el punto de configurarse como uno de los sectores más florecientes, ramificados y rentables de la economía internacional ²⁹

En el Derecho Penal se ha hecho patente una especie de globalización de los delitos y los delincuentes, por lo que algunos autores identifican un cambio o transformación del Derecho Penal en cuanto a los bienes protegidos; tradicionalmente protegía bienes jurídicos individuales y actualmente se habla de bienes jurídicos supraindividuales por lo mismo, se les ubica como delitos transfronterizos o transnacionales, independientemente del bien jurídico protegido, porque su realización y sus consecuencias trascienden el espacio territorial de un solo Estado, generalmente haciendo necesaria la actuación de las autoridades de diferentes Estados³⁰.

El fenómeno delictivo organizado en su vertiente internacional no sólo explota las vulnerabilidades en los países más desfavorecidos del planeta, sino que, por igual, accede al primer mundo en busca de escenarios y mercados en los que implantarse y desarrollar sus

²⁷ Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho penal mexicano: parte general*, (México D.F., Antigua Librería Robledo, 1965), Pág. 24

²⁸ Ricardo Magaz Álvarez, *Criminalidad y Globalización, análisis y estrategias ante grupos y organizaciones al margen de la ley*, (Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, 2012) Pág. 28

²⁹ Edwin Farfán Rodríguez, *Criminalidad y Globalización*, (Medellín, Universidad de Antioquia, 2008) Pág. 19

³⁰ Susana Núñez Palacios, *La realización de delitos internacionales por individuos*. (México D.F., Revista Alegatos, 2010), Pág. 271.

actividades lucrativas, puesto que no hay que perder de vista que su enriquecimiento, responde a una demanda de bienes y servicios ilícitos³¹.

Uno de los objetivos del delito de lavado de dinero, es el de alejar o desplazar el fruto del delito de su origen delictual, por ende, podemos analizar que transportar estos bienes ilícitos de una jurisdicción a otra es indispensable para poder completar el ciclo de lavado de dinero. La internalización del delito de lavado de dinero responde a la necesidad entonces de eliminar el rastro que desprende los bienes y que se pretenden lavar en otros países o jurisdicciones.

Otra razón por la cual es de suma importancia que el dinero sucio migre a otros países, es debido, a que por razones de complejidad en las técnicas e instrumentos que se utilizan para el ocultamiento de la masa delictiva, las organizaciones criminales poseen grandes redes criminales en diferentes países y es común que el dinero fluya bajo diferentes modalidades entre estas organizaciones. Estas redes criminales edifican diversas instituciones, por medio de las cuales circula el flujo de capital y por medio de las complejas transacciones se diversifica y migra a diferentes países.

Ante una criminalidad que tiene gran capacidad de adaptación a los mercados y a las políticas, con ramificaciones en numerosas actividades delictivas y que se estructura a través de grupos criminales sólidos y, sobre todo, transnacionales, la respuesta policial y judicial no puede seguir siendo la clásica basada en la cooperación de estados recelosos de ceder su soberanía, y articulada a través de procesos burocráticos largos y complejos. Por el contrario, el futuro de una lucha eficaz contra el crimen internacional pasa por la adopción de auténticas políticas y medidas comunes, trasladando el foco de decisión de lo interestatal a lo supranacional.

³¹ Daniel Sansó-Rubert, *La Internacionalización de la Delincuencia Organizada: Análisis del Fenómeno*, (La Coruña, Universidad Santiago de Compostela, 2005) Pág. 44

1.3.2 Profesionalidad.

La delincuencia económica, dista de la delincuencia común o clásica por su tecnificación, el delincuente económico, se caracteriza por la utilización de sofisticadas y complejos procedimientos delictivos, con el objetivo de obstruir la justicia haciendo más complejas las investigaciones policiales.

Algunos roles demandan el desarrollo de la actividad criminal ocupando un puesto de liderazgo o nuclear en la organización. Otras funciones requieren de una pericia técnica o experiencia específica en un área clave para el desarrollo de las actividades (expertos informáticos, financieros, tratamiento de drogas en laboratorios, etc.)³². La comisión de delitos debe de ser llevado a cabo en ocasión del ejercicio de la actividad económica empresarial de la persona, no bastando así con que su autor pertenezca a una clase social elevada, sino que además es necesario que la actividad delictuosa haya sido realizada debido a la profesión u ocupación que ejerce³³.

La especialización de una organización criminal se puede medir por el nivel de profesionalización del proceso de lavado que aplican a sus utilidades, así: a) la separación progresiva de las actividades de bienes y servicios ilegales de la organización; b) incremento de profesionales técnicos en el proceso ya sean internos o externos (contadores, abogados, banqueros, inversionistas, etc.); c) capacidad de ofertar a otras organizaciones los servicios para blanquear sus ganancias³⁴.

1.3.3 Complejidad de métodos y técnicas.

³² Andrea Giménez-Salinas Framis, *¿Existe un perfil del delincuente organizado?*, (Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2011) Pág. 4

³³ Álvaro Burgos, *Cuello Blanco y Delito*, (Málaga, Revista de Ciencias Jurídicas N°138 ,2015) Pág. 74

³⁴ Eduardo A. Fabián Caparros, *lavado de activos: Estudio sobre la prevención*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020) Pág. 41.

El auge que el lavado de dinero ha conseguido en los últimos años ha sido gracias a su adaptabilidad conforme a los entornos, su adaptación a las nuevas tecnologías y a su actualización constante con nuevas tipologías que van surgiendo en respuesta a las políticas criminales que buscan detener el delito de lavado de dinero y activos; cada año, los países, en su lucha contra el delito de lavado de dinero y activos, publican las nuevas tipologías que van implementando los delincuentes, cada vez más sofisticadas y complejas, el lavado de dinero se aprovecha de las gran cantidad de instrumentos de los cuales puede servirse para ocultar el origen ilícito del dinero y la facilidad con la que estos pueden acceder a estas herramientas.

Podemos definir el concepto de tipología como “recursos de la Sociología en particular y de las Ciencias Sociales en general, para interpretar y comprender un fenómeno de la realidad, para caracterizar, identificar cuestiones sociales, para producir datos o, en otras palabras, ser puente, conexión, entre la teoría, los conceptos, y los datos”³⁵, este concepto es utilizado para referirse a aquellas técnicas que son utilizadas para lavar dinero y dentro de las cuales podemos mencionar: Pitufeo o Smurfing, empresas fachadas, uso de la banca off-shore, tráfico de efectivo, pago anticipado de préstamos bancarios, entre otras, el abanico de tipologías es inmenso y crece cada día con respecto a las medidas de protección que los países implementan.

El grupo de Acción Financiera internacional (GAFI)³⁶, de manera anual monitorea y realiza un listado de las técnicas utilizadas por los lavadores de dinero para ayudar a los países a que creen mecanismos de protección para detectar estas tipologías y poder así prevenir el delito de lavado de dinero.

1.4 El proceso de Lavado de lavado de dinero.

³⁵ Néstor Cohen, *Las tipologías y sus aportes a las teorías y la producción de datos*, (Buenos Aires, Revista Latinoamericana de metodología de la investigación social, 2011), Pág. 37

³⁶ Financial Action task Force, 10 de julio de 2021, <https://www.fatf-gafi.org/about/howweare/>

El delito de lavado de dinero debido a su complejidad, y las diversas tipologías que pueden ser utilizadas para blanquear los bienes contaminados, pueden ser de tipo instantáneo, permanente o continuado; pero, independientemente del tipo de modalidad que el lavado utilice, podemos observar que nos encontramos en un proceso que posee tres etapas, en algunos casos es posible diferenciar claramente cada una de las etapas del proceso, pero en otros casos en los cuales el delito de lavado de dinero es menos complejo, pueden hasta unir dos etapas en una sola.

El común denominador del delito de lavado de activos es que todos los autores lo definen como un proceso, es decir el conjunto de fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial que en este caso es la transformación de los recursos ilícitos en lícitos, utilizando diversas, diferentes y creativas técnicas o procedimientos con la finalidad de obtener ganancias, ocultación del dinero, inserción en la economía formal u otras que los diferentes autores han venido enmarcando dentro de la doctrina. “el lavado de dinero tiene, entonces, dos objetivos básicos: ocultar los delitos que dan origen al dinero y asegurar el disfrute de estos ingresos, permitiendo su consumo, su inversión o su ahorro en la economía legal³⁷.

1.4.1 Etapas del Lavado de dinero.

a) Colocación.

El lavado de activos es un delito marcado por la idea de la perfección y la discreción, para tal propósito, que debe cumplirse en forma meticulosa y compleja, precisamente para no dejar rastro alguno que denote la ilicitud del negocio garantizando la seguridad que buscan los sujetos activos de estas conductas, deben combinarse actuaciones que parten del campo de las transacciones económico-financieras pero que tienen vínculos

³⁷ Guillermo Jorge, *Recuperación activos de la corrupción* (Buenos Aires, Del Puerto, 2008), Pág. 5.

legales e ilegales muy variados permitiendo identificar distintas “etapas del proceso” conducentes a dar la apariencia de legalidad al dinero lavado o blanqueado³⁸.

La colocación, es la primera etapa del proceso de lavado de dinero y activos, consiste en la disposición física del dinero o de los bienes; cuando el lavado de dinero, recibe estos bienes producto del delito precedente, estos bienes “colocados”, generalmente son enormes cantidades de dinero, en la mayoría de ocasiones en efectivo, pero no necesariamente, ya que pueden ser bienes como ya se mencionó *supra*, cuando se habló del objeto material que puede ser cualquier tipo de bien material o inmaterial; estas enormes cantidades de dinero, no pueden solamente ingresarse a la banca por la enorme cantidad de dinero, sino que es necesario fragmentarlo en diferentes capas para poder introducirlo al sistema financiero.

Entendemos por introducción al proceso por el cual los fondos ilícitos son separados de su fuente ilegal, es el depósito inicial de los fondos ilegales en el sistema financiero; la transformación se inicia una vez que se ha depositado de forma exitosa el dinero ilícito en el sistema financiero, lavar ese dinero requiere crear múltiples transacciones que posteriormente separan los fondos de su origen ilícito, y por integración entendemos el proceso final de una operación completa de lavado de dinero (involucra la reintroducción de los fondos ilícitos en la economía legítima)³⁹.

b) Estratificación.

En esta etapa se crean capas complejas de transacciones financieras para disimular el rastro documentado, la fuente y la propiedad de los fondos; el objetivo en esta etapa es transformar el efectivo y puede incluir diversas transacciones como: Transferencias electrónicas de una

³⁸ Tamara Jennifer Álvarez Atariguana, *La tipicidad Objetiva y subjetiva del delito de lavado de activos de acuerdo con el Código orgánico integral penal*, (Machala, Unidad Académica de ciencias sociales, 2017) Pág. 11.

³⁹ Jesús Murillo Karam, *Prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo*, (México D.F., INACIPE, 2009), Pág. 24

cuenta a otra, en ocasiones entre distintas instituciones o países, inversión en inmuebles y negocios legítimos, utilización de empresas fantasma u otras estructuras, cuyo objetivo comercial es ocultar la propiedad de los bienes⁴⁰.

No todo proceso de blanqueo se inicia reduciendo grandes cantidades de dinero en metálico. De hecho, ya hemos señalado más arriba que existen ciertas actividades ilegales que no dan lugar a esas avalanchas de numerario a las que nos hemos venido refiriendo hasta ahora. Sin embargo, nada puede evitar que todo capital sucio haya de someterse necesariamente a un ciclo de blanqueo estricto sensu que sea lo suficientemente eficaz como para borrar las huellas que pudieran vincularlo a su origen ilegal y separarlo definitivamente del mismo.

Con vistas al logro de esa apariencia de legitimidad, es necesario propiciar la circulación de toda esa masa patrimonial en el mercado, esto es, convertirla en el objeto de una serie de operaciones económicas tan prolongada como sea preciso para conseguir tal finalidad. La traslación de las reglas de la dinámica patrimonial al ámbito del reciclaje de capitales ha generado ciertas consecuencias. Así, en este ámbito, el término “circulación” no sólo debe vincularse al movimiento material de esos capitales (en especial, la adquisición de otros bienes a cambio de los originales), sino también a cualquier otra clase de intervención sobre los mismos que de alguna forma los aleje de su ilegítima procedencia.⁴¹

En la etapa de estratificación, el sujeto activo busca separar por medio de diversos tipos de técnicas y a través de otros medios el origen ilícito del dinero, en esta etapa es muy común, la conversión del “bien sucio” en otro tipo de bienes, verbigracia de ello, podemos mencionar, la utilización de instrumentos financieros como cheques de caja, títulos al portador, redes de

⁴⁰ María de los Ángeles-Velázquez, *El delito de lavado de dinero, instrumentos y efectos económicos*, (México D.F., Universidad Autónoma del Estado de México, 2016) Martínez Pág. 133.

⁴¹ Isodoro Blanco Cordero, *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial 5ta Edición*, (Washington, Organización de los estados americanos, 2014) Pág. 81.

transferencias bancarias y técnicas más simples, como el pitufo, o la separación en pequeñas porciones del dinero obtenido de la droga.

La estratificación o conversión, constituye la etapa clave en el proceso de lavado de dinero, ya que es el punto donde más riesgo corre el lavado de dinero, y en el cual debe intentar traspasar las barreras impuestas por los sistemas de compliance, implementados por las instituciones bancarias y los demás sujetos obligados establecidos en la ley contra lavado de dinero y activos de El Salvador.

c) Reintegración.

En esta fase, se busca consolidar de los fondos, con el objetivo de establecer el dinero de modo permanente, confiriendo una apariencia de legalidad a un patrimonio de origen ilícito una vez borrada en la fase anterior la huella de su origen delictivo. Para ello se hacen inversiones en mercados de capitales, propiedades inmobiliarias, adquisición de derivados financieros, oro, piedras preciosas, bienes de lujo, etc., Se trata de inversiones de alto valor intrínseco, dotadas de anonimato y que se pueden hacer líquidas fácilmente. En ese momento, los fondos delictivos son ya muy difíciles de detectar y distinguir de los de origen lícito.⁴²

En esta tercera etapa de infiltración del capital transformado y transferido en la economía formal, a través de inversiones financieras (depósitos específicos, acciones) o la propiedad (inversión directa en inmuebles y empresas) se completa principalmente en países con extraordinarias ventajas.⁴³ La fase de integración o reintegración, es la fase final del proceso de lavado de activos, en esta fase, el rastro del dinero ilícito ha sido prácticamente desaparecido, los bienes

⁴² Alejandro Francisco Peláez Ruiz-Fornells, *De los rendimientos ilícitos a su legitimación: el fenómeno del blanqueo de capitales. Efectos e implicaciones de política económica*, (Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2013) Pág. 7.

⁴³ Friedrich Scheiner, *Money Laundering: Some Facts*, (Berlin, Economics of security, 2010), Pag. 25

han retornado al sujeto activo, y aparentemente son bienes obtenidos de manera legal; en la etapa de colocación.

Si bien conceptualmente se distinguen estas tres etapas o fases del proceso De lavado de dinero o activos, en la práctica no es tan fácil identificarlas, debido a que las complejas capas de operaciones disfrazan de manera eficiente cada una de ellas en la mayoría de los casos.

1.5 Tipologías de Lavado de dinero.

Las formas que los delincuentes utilizan para legitimar los bienes generados en actividades ilícitas son diversas y dependen de las características de cada país y de los medios utilizados. Además, cambian con el tiempo de acuerdo con las medidas que los Estados implementen para atajar el problema. A dichas formas se les denomina, métodos o tipologías⁴⁴. Estos métodos técnicos o estrategias no son estáticas, sino todo lo contrario, se van actualizando y mejorando constantemente por los lavadores de dinero, buscando así evitar los controles establecidos por los sujetos de aplicación y las demás instituciones de justicia.

Estas tipologías o técnicas de realizar el proceso de lavado, responde a la intención del sujeto activo de ocultar el origen ilícito de los bienes, este proceso puede ser o no complejo, y servirse de otros procesos, con el objetivo de crear una red de transacciones sumamente complejas y de difícil detección.

Las tipologías de lavado de dinero son procesos que contienen un sin número de conductas típicas que se perciben dentro de las tres etapas, colocación, estratificación e integración de los fondos sujetos a blanqueo; las tipologías de lavado de dinero son tan diversas como se pueda

⁴⁴ Eduardo Stein, *Siguiendo la ruta del dinero en Centroamérica*, (Guatemala, La Red, 2012) Pág. 11.

imaginar, y convergen entre una gran cantidad de factores externos, como el grado de complejidad, el delito precedente, la ubicación geográfica o por las personas involucradas.

Las denominadas señales de alerta son elementos que permiten detectar en los sujetos obligados la posible presencia de operaciones de lavado de activos relacionadas con la tipología descrita.⁴⁵ Las señales de alerta como su nombre lo indica, nos muestran los comportamientos particulares de los clientes y las situaciones atípicas que presentan las operaciones y que pueden encubrir operaciones de lavado de activos; cada diferente tipo de tipología posee ciertas señales de alerta que son utilizadas para detectar las operaciones sospechosas⁴⁶ que el sujeto activo puede intentar ejecutar.

Hay que tener en cuenta que no todas las operaciones que presentan comportamientos atípicos e inusuales son operaciones ilegales, por tal razón, el hecho de identificar señales de alerta no significa que la operación deba ser reportada de manera inmediata y automática a las autoridades como sospechosa⁴⁷, los artículos 13 y 14 del reglamento de la ley contra lavado de dinero y activos, menciona un catálogo de señales de alerta las cuales no son taxativas, pero que deben utilizar por los sujetos obligados para detectar posibles intentos de lavado de dinero y activos dentro de sus instituciones, verbigracia de estas podemos mencionar: *“La ejecución de múltiples transferencias realizadas de un día para otro o en horas inhábiles, de una cuenta a otra, por comunicación telefónica o electrónica directa al sistema de computación de la institución; Pagos anticipados de préstamos, o de abonos excediendo las cuotas pactadas, o el*

⁴⁵ Mauricio De La Torre Lascano, *Utilización del sector Financiero para el lavado de dinero: perspectiva desde la legislación ecuatoriana*, (Barranquilla, Universidad de la Costa, 2018), Pág. 117.

⁴⁶ El artículo 12 del reglamento de la ley contra lavado de dinero y activos, nos da la definición de lo que podemos entender como una operación sospechosa y la define como: *“todas las operaciones poco usuales, las que se encuentran fuera de los patrones de transacción habituales y las que no sean significativas, pero sí periódicas, sin fundamento económico o legal evidentes, y todas aquellas operaciones inconsistentes o que no guardan relación con el tipo de actividad económica del cliente”*, Corte Suprema de Justicia, Reglamento de la ley contra lavado de dinero y activos, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2000), Art. 12

⁴⁷ Paula Andrea Yepes Cuervo, *Señales que representan sospecha de lavado de activos en la exportación de químicos, como mecanismo de prevención para combatir este riesgo en la negociación internacional*, (Medellín, Institución Universitaria Esumer, 2014) Pág. 59

que se efectúen pagos repentinos de préstamos problemáticos, sin que exista explicación razonable del origen del dinero; La utilización de instrumentos monetarios de uso internacional, siempre y cuando no se encuentre proporcionalidad con la actividad económica del cliente.”

1.6 El lavado dinero y activos en el sistema financiero.

El lavado de activos es un delito que genera graves problemas sociales a nivel mundial y en todos los Estados. De hecho, puede presentarse en cualquier país, con la particularidad que en aquellos países donde existe menor diversificación de capitales, con controles estatales laxos y normatividad ambigua se convierten en un campo propicio para que éste y otros delitos que devienen de la corrupción se propaguen de manera mucho más agresiva y rápida. Este desarrollo negativo lleva a las naciones inclusive a la denominada corrupción a gran escala.⁴⁸

El sistema financiero es el rubro más atractivo para que los organismos criminales intenten lavar dinero, desde una perspectiva clásica, se pensaba que los únicos sujetos expuestos a este riesgo de lavado de dinero, eran las instituciones bancarias, estas estaban expuestas a que se intentara introducir el dinero obtenido de una fuente ilegal, para posteriormente ser convertidos en otros instrumentos bancarios más fáciles de reintroducir en el sector real, así como la posibilidad de que a través de la misma institución bancaria, pueda ser enviado a otras jurisdicciones y alejar los fondos del país de origen del delito.

Las legislaciones antilavado a nivel global han tomado como base la idea que para combatir este delito hay que detectarlo, y esta detección solo es posible si los intermediarios del mercado financiero informan a las autoridades sobre cualquier operación sospechosa. “Inicialmente, se obligaba a los bancos a conocer a sus clientes formalmente, y a reportar voluntariamente transacciones inusuales que pudieran estar relacionadas con el narcotráfico.”⁴⁹

⁴⁸ Eduardo A. Fabian Caparros, *Lavado de Activos: Estudio sobre la Prevención*. (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020) Pág. 46

⁴⁹ Humberto J. Bertazza, *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo, prevención, investigación y represión*, (Buenos Aires, La Ley S.A.E. e I, 2012) Pág. 44.

Las operaciones de las instituciones financieras están enfocadas a la intermediación financiera, requiriendo para desarrollar su accionar, inevitablemente, el uso de dinero físico en primera instancia por el ahorro de sus clientes, sin embargo, hoy en día utilizan diversos instrumentos, mecanismos y/o vehículos alternativos de medio de pago en línea con los avances tecnológicos, y es justamente por esta causa que el riesgo inherente de estas operaciones financieras determina la necesidad de que existan directrices para prevenir el blanqueo de dinero proveniente de actividades ilícitas⁵⁰.

La efectiva aparición de nuevos riesgos orientados por las nuevas herramientas técnicas y tipos de criminalidad que se van desarrollando, son: la sensación social de inseguridad, ya que la sociedad vive en un estado de estrés, debido a los altos índices de inseguridad, todo ello propiciado por el aumento de los riesgos⁵¹, este estado de estrés ha incentivado a la comunidad internacional a la punición del delito de lavado de dinero y activos y al reforzamiento de las medidas de prevención de riesgo de lavado de dinero y activos en el sector financiero.

El riesgo es una desviación de lo esperado que puede ser positivo o negativo, está expresado en términos de una combinación de las consecuencias de un evento y la probabilidad de ocurrencia asociada. Por lo tanto, los componentes para cuantificar el riesgo son: probabilidad (oportunidad de que algo suceda) e impacto y puede ser medido de manera cuantitativa (expresado en términos de números, unidades, regularmente en términos financieros) o cualitativa (expresado en una escala gradual de niveles relativos como alto, bajo y medio), no existe un método que sea puro en cuanto a los dos, porque no siempre vamos a tener toda la información para el método cuantitativo y por otro lado el método cualitativo puede ser muy subjetivo, por lo que será necesario un análisis híbrido.⁵²

⁵⁰ Mauricio Torres de Lascano, *Utilización del sector financiero para el lavado de dinero: perspectiva desde la legislación ecuatoriana*, ((Barranquilla, Universidad de la Costa, 2018), Pág. 150

⁵¹ José Miguel Saravia Dueñas, *Expansión del Derecho Penal, delincuencia y delitos contra el orden socioeconómico*, (San Salvador, Revista Derecho IV, 2020), Pág. 95.

⁵² Verónica Alexandra Pineda Ribera, *Administración del riesgo de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo en la banca electrónica de una institución financiera ecuatoriana: apertura de cuentas online y uso de ATM's.*, (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2019), Pág. 30.

1.7 Los mecanismos de prevención al delito de lavado de dinero y activos.

La prevención del delito se ha convertido en un componente cada vez más importante de muchas estrategias nacionales de seguridad pública. El concepto se basa en la idea de que el delito y la victimización se ven favorecidos por numerosos factores causales o de fondo, los cuales son resultado de una amplia gama de elementos y circunstancias que influyen en la vida de las personas y las familias a medida que pasa el tiempo, y de los entornos locales, así como situaciones y oportunidades que facilitan la victimización y la delincuencia ⁵³

Los factores causales o de fondo se denominan a menudo factores de riesgo. Se trata en particular de las alteraciones y tendencias mundiales que afectan a las condiciones sociales y económicas de regiones y países, los factores que influyen en los distintos países y entornos y comunidades locales, los relacionados con la familia y los parientes cercanos, y los que afectan a los individuos.⁵⁴

Prevenir es adelantarse a los hechos, para evitar que las amenazas o riesgos propicien daños; sin embargo, siendo sumamente importante no se aplica como debiese⁵⁵. Esta prevención con respecto al delito se realiza luego de haber analizado los factores tanto que lo propician como de los medios que los facilitan, así como las diferentes técnicas por medio de las cuales se cometen. El delito de lavado de dinero es un fenómeno mutable que se va adaptando a los cambios tecnológicos, coyunturales y de represión, por ello, la prevención del delito de lavado de dinero y activos no puede ser estática y debe ir evolucionando y conforme lo hace el delito, para con ello frenar el avance masivo de su proliferación.

⁵³ *Manual sobre la aplicación eficaz de las directrices para la prevención del delito*, (Viena, UNODC, 2011), Pág. 10

⁵⁴ *Manual sobre la aplicación eficaz de las directrices para la prevención del delito*, (Viena, UNODC, 2011), Pág. 11

⁵⁵ Sandra Maribel Bringas Flores, *La función preventiva del Derecho penal*, (Cajamarca, Revista Jurídica Cajamarca, 2001)

En cuanto a la materia de prevención del delito, se puede mencionar que son: todas las acciones que lleva a cabo el Estado antes de que el delito se cometa, la clasificación básica de la prevención en lo particular hace referencia a tres tipos: la primaria, secundaria y terciaria.⁵⁶

La prevención primaria “se orienta a la raíz del problema criminal para neutralizar las causas de la delincuencia antes de que el problema se manifieste. No trata de atacar al delito en sí sino de crear una situación general satisfactoria para la sociedad”

La prevención secundaria, va encaminada a un grupo particular que se encuentra en riesgo de cometer una determinada conducta; encauzada a prevenir directamente el delito, en donde el Estado va particularizando a sus ciudadanos y dirigiendo de manera específica la acción de prevención mediante ciudadanía focalizada.

La prevención terciaria, este tipo de prevención va dirigida a trabajar directamente con los que ya han sido sentenciados por un delito, es decir, trabajar en la asistencia penitenciaria a través de diversas actividades de (re) educación, (re) inserción, entre otros, con la finalidad de lograr prevención.

La prevención del delito, como parte de la política criminal del Estado salvadoreño y la delegación de una función de autotutela, a cada uno de los sujetos obligados, y por medio de la cual cada una de las instituciones es la encargada de prevenir el delito y de que su institución sea utilizada como vehículo para lavar dinero, y fomenta que todos estos esfuerzos de prevención sean más efectivos.

El delito de lavado de dinero, es un fenómeno que ha venido incrementándose a nivel internacional, lejos de haber menguado, por el contrario, los estados luchan constantemente por combatirlo, el uso del sistema financiero como vehículo para esta actividad, es cada días

⁵⁶ Xóchitl Guadalupe Rangel Romero, *Política Criminal en materia de prevención del delito de Vicente Fox a Felipe Calderón: retos y perspectivas*. (Puebla, Revista de investigación en derecho, criminología y consultoría, 2017) Pág.285.

más constante, el estudio de este fenómeno se centra más allá de su mera tipificación en los ordenamientos jurídicos, y se ha ocupado además de la lucha por su prevención utilizando el adelantamiento de las barreras de protección penal⁵⁷, por ende existen organizaciones internacionales, comprometidas con su prevención y represión, las cuales han ido surgiendo, al observar el carácter internacional de las organizaciones criminales y la necesidad de las jurisdicciones de unir esfuerzos en el combate contra el lavado de dinero y activos.

⁵⁷ El adelantamiento de la barrera punitiva de protección se justifica ahora, por la esencial peligrosidad de la conducta en el caso concreto, la cual compromete bienes jurídicos como la paz pública, la seguridad jurídica, el clima favorable al Derecho. Vid. Omar Lucas Colazo, *Fenómeno de Anticipación de la Barrera Punitiva del Derecho Penal y Política Criminal en las Últimas Reformas del Código Penal*, Tesis Doctoral, (Murcia, Universidad de Murcia, 2017). Pág. 29

CAPITULO II:

**INSTITUCIONES NACIONALES E INTERNACIONALES EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO
DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS.**

Como ya se mencionó *supra* en el capítulo anterior, la internacionalización del delito es una de las características principales del delito de lavado de dinero, este carácter supranacional del delito, es vital en su objetivo de alejar los bienes obtenidos ilegalmente del lugar donde se cometió el delito subyacente, y trasladarlo a otra jurisdicción donde sea más factible continuar con el proceso de blanqueo y para que posteriormente sea reingresado a la economía y que los criminales puedan disfrutar del dinero.

Este carácter entonces, de un delito que trasciende en muchas ocasiones las fronteras de un país y afecta a varios estados en conjunto, ha incentivado a estos mismos habiendo advertido la peligrosidad del delito de lavado de dinero y activos a hacer esfuerzos conjuntos, en la prevención y lucha contra el lavado de dinero y activos; los Estados, han promovido la creación de organizaciones internacionales cuyo objetivo es la lucha y promoción de la prevención del lavado de dinero y activos así como el financiamiento al terrorismo entre los Estados parte y los que no forman parte de estas organizaciones.

En el Lavado de dinero, la globalización significa la transferencia instantánea de flujos de capital a través de fronteras, junto con la liberalización de los mercados financieros. Solo altamente coordinando las respuestas a nivel internacional pueden abordar adecuadamente el lavado de dinero, que presenta su mayor evidencia perjudicial en el ámbito internacional. ¿Cuál es el efecto específico de la ley? Debido a la naturaleza progresivamente deslocalizada de las operaciones financieras, la propia ley pierde sus raíces territoriales y se deslocaliza a través de los diversos procesos de cooperación internacional diseñada para adoptar políticas e instrumentos transnacionales (del cual la ley antilavado de dinero o ALD es simplemente un caso específico). La fractura entre derecho y territorio implica la pérdida definitiva de las

peculiaridades territoriales, mientras que, al mismo tiempo, se enfrenta dificultades para implementar un sistema de gobernanza global.⁵⁸

Estas organizaciones internacionales, han visto la necesidad de que el fenómeno de lavado de dinero y activos, sea tipificado en muchas jurisdicciones como un delito y se desarrollen programas de prevención o *compliance* en las instituciones más vulnerables, así como también han instalado marcos pseudo legales llamados “*soft law*”, en los cuales los Estados partes, se comprometen a dar cumplimiento y que para su cumplimiento se imponen sanciones comerciales y económicas o etiquetas reputacionales como por ejemplo países recalcitrantes o no cooperantes, con los cuales se tiene prohibido establecer relaciones para los miembros de estas organizaciones.

2.1 La Organización de las Naciones Unidas (ONU).

La Organización de Las Naciones Unidas (ONU), es una entidad internacional conformada actualmente por 193 países miembros, en donde los estados soberanos se reúnen y organizan, según la propia carta de la ONU, en su artículo 1 numeral 3, para realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.⁵⁹

La Organización de las Naciones Unidas, a través de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (UNODC por sus siglas en inglés) ha reconocido, que el delito de lavado de dinero se ha convertido claramente en un problema internacional, debido a que es un fenómeno

⁵⁸⁵⁸ Marco Arnone, *International Anti-money laundering programs*, (Bingley, Journal of Money Laundering Control, 2020), Pag 228.

⁵⁹ Organización de Las Naciones Unidas, *Carta de Las Naciones Unidas*, (San Francisco, Conferencia de las Naciones Unidas, 1945).

que ha trascendido las jurisdicciones y que se ha convertido en un amenazante a nivel global, hace un llamamiento a los estados parte a la tipificación del delito de blanqueo de capitales, así como a encubrimiento y que adapten su legislación y sus reglamentos, en cumplimiento de los acuerdos y convenciones suscritos por estos⁶⁰, tales como, la convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, las cuales se mencionan más adelante, con el fin de incentivar la lucha global contra el lavado de dinero y activos y contra otros, que contribuyen a su proliferación como lo son la corrupción, el tráfico ilícito de drogas y la criminalidad organizada.

Ante el fenómeno de la criminalidad transnacional, como el narcotráfico, la legitimación de capitales⁶¹, trata de personas, cibercriminalidad, terrorismo, etc., desde hace algunos años pareciera reinar acuerdo entre los Estados internacionales en torno a la necesidad de una cooperación internacional policial, judicial y legislativa, para la represión, prevención e investigación de dichos crímenes⁶², esta cooperación internacional plasmada en la Carta de las Naciones Unidas y en los demás convenios mencionados y que serán desarrollados más adelante, han servido para que los países establezcan una especie de política criminal a nivel internacional, en respuesta a la dimensión global que posee el blanqueo de dinero y activos⁶³,

⁶⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el delito, *Resolución 1/3 de la conferencia de los estados parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, (Viena, Organización de las Naciones Unidas, 2003)

⁶¹ Existen definiciones que observan el concepto desde la óptica de encubrir al narcotráfico, y otros que lo observan haciendo referencia a la parte que consiste en legalizar los dineros y revertir las ganancias. En virtud de lo anterior, se propone una conceptualización que se forma desde una doble clasificación, en primer lugar, los conceptos que parten desde la visión de encubrir la actividad ilícita que da origen al dinero, y segundo, los conceptos que se encargan de definir la parte de la actividad -más operativa- que consiste en legalizar el capital mezclándolo en la actividad económica lícita, *bid.* Gary Bonilla Garro, *Análisis sobre la aplicabilidad del delito de legitimación de capitales provenientes del narcotráfico en Costa Rica y bien jurídico*, (San José, Universidad de Costa Rica, 2009) Pag. 11.

⁶² Francisco Javier Dondé Matute, *Delitos Transnacionales*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018) Pág. 156.

⁶³ Se sostiene que son elementos favorecedores del blanqueo de capitales la desregulación del sistema financiero y mercantil, la falta de recursos para la supervisión y control, el secreto bancario, los agentes intermediarios, la banca extraterritorial, las sociedades comerciales internacionales, entre otros fenómenos, *bid.* Ana Isabel Pérez Cepeda, *El principio de justicia universal. Fundamento y límites*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2012), pág. 34.

en la cual la cooperación y la transferencia de información son vitales en la prevención del delito de lavado de dinero y activos.

La Organización de las Naciones Unidas, a través de la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito, colabora con los Estados miembros para el cumplimiento de la Política Criminal Internacional para prevenir y combatir el lavado de activos definida en la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988); la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (Convención de Palermo de 2000); la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida); la Convención para la Represión de la Financiación del Terrorismo. Así mismo, en la adopción de los estándares internacionales establecidos en las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera contra el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo – GAFI, estos documentos internacionales, han servido como base para la implementación de la política criminal mundial que sienta las bases de la cooperación mundial contra el delito de lavado de dinero y activos.

Para apoyar el cumplimiento de los estándares internacionales en la materia, UNODC desarrolla el Proyecto "Programa Mundial contra el Lavado de Activos, producto del delito y la financiación del terrorismo" (GPML por sus siglas en inglés). Fomenta la lucha contra el lavado de activos y contra la financiación del terrorismo, el desarrollo de políticas aumenta la conciencia pública sobre los aspectos transversales de blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo, contribuye al fortalecimiento de las medidas de gobierno y las políticas contra la corrupción, y actúa como centro de conocimientos especializados de lucha contra el lavado de activos⁶⁴.

El Comité de seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, encargado principalmente de mantener la paz y la seguridad internacional, según la Carta de las Naciones Unidas; La lista consolidada del consejo de seguridad de las Naciones Unidas, tiene por objeto facilitar la

⁶⁴ Oficina de las Naciones Unidas contra las drogas y el delito, <https://www.un.org/securitycouncil/es/content/un-sc-consolidated-list#composition%20list>, revisado el 25 de agosto de 2021.

aplicación de las medidas disciplinarias, no implica que todos los nombres figuren en la lista con arreglo a un solo régimen, ni que se utilicen los mismos criterios para incluir en la lista determinados nombres. En cada caso en que el Consejo de Seguridad ha decidido imponer sanciones en respuesta a amenazas, este, se encarga de gestionar el régimen de sanciones. Así pues, cada comité de sanciones establecido por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas publica los nombres de las personas y entidades incluidas en la lista en relación con dicho comité, así como información sobre las medidas concretas que se aplican a cada uno de los nombres que constan en la lista⁶⁵.

La Organización de las Naciones Unidas, ha elaborado una serie de convenios internacionales como compromiso en la lucha no solo contra el lavado de dinero y activos, sino también contra otros delitos que azotan las economías mundiales y minan las democracias de los países tanto miembros como no miembros, es una de las principales instituciones internacionales en el combate de este delito.

2.2 Instrumentos jurídicos internacionales en el combate contra la delincuencia organizada transnacional.

El crimen organizado, es uno de los fenómenos criminales más dañinos a nivel internacional, la delincuencia organizada, se ha proliferado a raíz del proceso de globalización actual, ha sido el caldo de cultivo que ha permitido un desarrollo sin precedentes de la criminalidad organizada que se ha infiltrado en el sistema capitalista para perfeccionar hasta el límite sus defectos. Partiendo de una marginalidad social oscura, los principales *bosses* han avanzado por atajos socioeconómicos hasta convertirse, en cierto sentido en el centro paradigmático del sistema⁶⁶.

⁶⁵ Comisión Nacional de Bancos y Seguros, <https://pplaft.cnbs.gob.hn/lista-onu/>, visto el veinticinco de agosto de 2021

⁶⁶ Fernando Bermejo Marcos, *La Globalización del Crimen Organizado*, (San Sebastián, Revista Eguzkilore, 2009) Pág. 104.

La lucha contra esta moderna delincuencia organizada requiere instrumentos tanto a nivel nacional como a nivel internacional dada su dimensión. Por otra parte, la aplicación de estos instrumentos corresponde primordialmente a los organismos de policía y al poder judicial de cada país, puesto que son estas instituciones las encargadas directamente de la persecución y castigo de los delincuentes, por lo que también podría hacerse una clasificación de estos en atención a quien los aplica, pero de manera más precisa, estos medios o instrumentos, siempre con un fundamento o naturaleza jurídica, pueden clasificarse en atención a su fin pretendido por los mismos⁶⁷:

- a) Represivos o de Derecho penal sustantivo, que tipifican y agravan las penas para estas conductas.
- b) Procesales, que establecen medidas tendentes a lograr la eficacia del proceso penal, para sancionar estos delitos.
- c) Institucionales, que fomentan la lucha, el intercambio de información y la colaboración.
- d) Operativos, destinados a la investigación, prueba de los hechos, y detención de los responsables.

Estos instrumentos, tienen como fin, establecer u ordenamiento normativo que sea efectivo en la lucha y prevención del delito de lavado de dinero y activos, estableciendo mecanismos de prevención que deben ser cumplidos no solo por las instituciones estatales de aplicación de la ley, o aplicadores de justicia, sino además por aquellas instituciones a las cuales la ley le impone ciertos programas de cumplimiento, que previenen la comisión del delito de lavado de dinero y activos.

⁶⁷ María Teresa Cuesta Sahuquillo, *Crimen Organizado Transnacional y seguridad*, (Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez mellado, 2011) Pág. 240.

2.2.1 El soft law

Conceptos como el de soft law, son de reciente aplicación en el *civil law*, o *tradicionalmente llamado romano-germánico*, donde la principal fuente del derecho es la ley, y prima el principio de legalidad; es en el derecho internacional que este concepto de reciente proliferación ha encontrado cabida.

El soft law, en su sentido más amplio, es según DI ROBILANT: “*un conjunto de instrumentos regulatorios y mecanismos de gobernanza que, aunque implican algún tipo de compromiso normativo, no se fundamentan en reglas vinculantes o un régimen de sanciones formales*”⁶⁸. El elemento común a la mayoría de las definiciones propuestas es que no tiene carácter vinculante pero sí “efectos prácticos” desde un punto de vista normativo, en el sentido de que es capaz de orientar la conducta de determinados agentes. Por último, una definición más precisa se deriva de la identificación de tres elementos de juridicidad (obligación, o carácter vinculante; precisión, o determinación de la conducta sin ambigüedades; y delegación, que implica que se reconoce la potestad de terceros para implementar, interpretar, aplicar y desarrollar las reglas, así como resolver los conflictos que se produzcan). Sobre estos tres elementos, y teniendo en cuenta que no operan como dicotomías, sino que son cuestión de grado, el soft law se define como aquel conjunto de normas donde alguna de estas tres dimensiones ha sido debilitada⁶⁹.

La expresión soft law está consagrada dentro de la literatura jurídica desde fines de los años sesenta y el término habría sido acuñado en su origen por lord McNair para designar los principios abstractos en derecho en oposición al hard law, donde el derecho concreto, operativo, proviene de la prueba judicial. Isabelle Duplessis afirma que una parte de la doctrina reprocha al soft law de provocar una confusión conceptual en detrimento de la teoría de las fuentes

⁶⁸ Anna di Robilant. *Genealogies of Soft Law. The American Journal of Comparative Law*, (Boston, American Society of Comparative law, 2006), Pag. 499.

⁶⁹Rafael Sanz e André Folloni, El soft law como fuente del derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad, (, Brazilian Journal of international law, 2017) Pag. 245

enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y que, en definitiva, el soft law perturba innegablemente la teoría tradicional de las fuentes del derecho internacional⁷⁰.

2.2.2. El soft law como nueva fuente de Derecho internacional.

Bajo la óptica de la teoría tradicional de las fuentes de derecho internacional, este tiene tres fuentes principales que son los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho, teniendo como a los principales creadores de ellas a los mismos sujetos reconocidos por la disciplina jurídica internacional. Es de considerar que la sociedad internacional es esencialmente descentralizada. Los poderes de creación del derecho y de aplicación del derecho no pertenecen a una entidad centralizada. No existe un Estado mundial y los principales sujetos de derecho internacional son también los principales creadores del derecho. En este contexto el soft law ha tenido un desarrollo doctrinal concebido para explicar un nuevo fenómeno con relación a la creación del derecho internacional⁷¹.

El soft law de tendencia anglosajona, ha venido implantándose en los sistemas jurídicos de manera paulatina, verbigracia de esto, tenemos que los países que no cumplan con las recomendaciones del Financial Action Task Force (FATF o GAFI por sus siglas en español) y que sean mal evaluados en las evaluaciones mutuas que realizan, son considerados como países no cooperantes lo cual implica que se le pueden imponer sanciones económicas y políticas por parte de los países cooperantes del GAFI, además de ser incorporados a listas especiales de alto riesgo y con las cuales se les advierte a los demás países del alto riesgo de realizar transacciones con estos países.

70 Isabelle Duplessis, "Le vertige et la soft law: réactions doctrinales en droit international", (Montréal, Hors-Série, 2007) Pag. 166.

71 Fabian Cárdenas Castañeda, *A call for rethinking the sources of international law: soft law and the other side of the coin*, (Mexico D.F., UNAM, 2013), Pag. 372.

Las recomendaciones del GAFI formarían parte del soft-law mientras que la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado se tendría como un ejemplo de hard-law. Con esto lo destacable es que existe una combinación de regulaciones con efectos diferentes, pero al final con efectos tanto preventivos como punitivos, especialmente si se consideran las diferentes legislaciones nacionales sobre la materia. Desde esta perspectiva puede afirmarse que hay entonces amplios esfuerzos internacionales que han propiciado un entramado que combata el lavado del dinero y financiamiento del terrorismo⁷².

La prevención del delito de lavado de dinero se ha convertido en un esfuerzo a nivel internacional en el cual entran en escena diversos actores, que van desde las organizaciones de carácter internacional como la Organización de las Naciones Unidas, el grupo de acción financiera internacional, los Estados parte de los convenios internacionales y las mismas instituciones privadas como los bancos y las empresas comerciales, con el objetivo de combatir el lavado de dinero y activos.

2.2.3 Convenio de las naciones unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Convenio de Viena).

El antecedente más antiguo que tenemos de la lucha contra el delito de lavado de dinero y activos, lo encontramos en el convenio de las naciones unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, comúnmente llamado el convenio de Viena del cual El Salvador es parte desde el año 1993⁷³, y el cual marcó algunas de las bases que posteriormente serían utilizadas por los países para la tipificación de este delito, así como de su prevención a nivel internacional.

⁷² Silvia Chavarría Cedillo, *La normatividad internacional en materia de lavado de dinero y su influencia en el sistema jurídico mexicano*, (México D.F., 2016), Pág. 64.

⁷³ El Salvador se adhirió a La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, firmada en Viena, el 20 de diciembre de 1988, mediante acuerdo 232 del ministerio de Relaciones Exteriores y aprobado por el órgano ejecutivo en el mismo ramo, por medio del acuerdo No 539 de fecha de agosto de 1993.)

El objeto del convenio iba encaminado a combatir el fenómeno del tráfico de droga y estupefacientes, pero que destacaba que, para poder enfrentar este delito, era indispensable que se luchara contra el lavado de dinero y activos. El convenio de Viena fue el pilar de la instauración de la política criminal internacional, dando un apoyo normativo a los países y estableciendo las bases de la prevención del delito de lavado de dinero y activos.

El artículo 3 de la convención de Viena de 1988, encomendaba a los Estados parte, a tipificar ciertas conductas constitutivas de delito doloso de blanqueo de bienes procedentes del tráfico ilícito de drogas, aunque el objeto de la ley limita el origen de los bienes a los que sean obtenidos por medio del tráfico de drogas y estupefacientes, los instrumentos internacionales posteriores, ampliaron este espectro.

La ampliación a los bienes procedentes de cualquier delito previo, que en ese entonces ya se observaba en algunas legislaciones nacionales y en determinados instrumentos internacionales, reflejaban la percepción de que un sistema restringido relacionado sólo con las drogas tóxicas trae consigo varias desventajas. Así, se ponía como ejemplo la dificultad de probar que los bienes proceden de actividades de tráfico de drogas cuando las personas involucradas participan en una amplia gama de actividades delictivas⁷⁴.

2.2.4 Convención de Palermo año 2000, contra la delincuencia organizada transnacional.

Si bien pueden observarse beneficios que genera el fenómeno de la globalización en el ámbito económico-social, también se aparecen graves problemas generados por la globalización de la criminalidad organizada, que en la última década ha tenido un crecimiento inusitado. La integración de grupos delictivos con características empresariales, se han estado desarrollando

⁷⁴ *Comentarios a la convención de Las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicoactivas*, (Viena, 1988) Pág. 53.

desde la finalización de la segunda guerra mundial (IIGM), y alcanzan una expansión muy importante con la disolución de la Unión Soviética, dando lugar a la aparición de innumerables grupos delictivos nuevos, al establecimiento de alianzas estratégicas entre dichos grupos, y a la diversificación de sus actividades ilícitas.⁷⁵

El criterio empresarial que han adoptado estos grupos delictivos, los lleva a sustituir cualquier actividad ilícita por otra, como por ejemplo ocurrió con la Cosa Nostra siciliana, que al quedar desarticulada su red transatlántica de heroína, al final de la década de 1980, se dedicó a la extorsión y a la corrupción. Los grupos delictivos que en la actualidad participan del Crimen Organizado Transnacional (COT), imitan el comportamiento de las empresas legales, y se diferencian de las características tradicionales de las mafias⁷⁶.

Con la llamada declaración del milenio la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas⁷⁷.

La Convención de Palermo del año 2000, se adoptó con el objetivo de fomentar la cooperación internacional de los países, contra la criminalidad organizada para poder prevenirla y combatirla eficazmente. Los aportes que este convenio presentan a los estados parten son la cooperación y compromiso de los estados, en la protección de su soberanía interna y la no intrusión de otros

⁷⁵ Red de Seguridad y Defensa de América Latina, *La Globalización y el riesgo del crimen organizado internacional*, <https://www.resdal.org/Archivo/d00001bb.htm>, revisado el veintisiete de agosto de 2021.

⁷⁶ Red de Seguridad y Defensa de América Latina, *La Globalización y el riesgo del crimen organizado internacional*, <https://www.resdal.org/Archivo/d00001bb.htm>, revisado el veintisiete de agosto de 2021.

⁷⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Prefacio de la convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, (Palermo, 2000), pág. 5.

estados en sus jurisdicciones ni en su derecho interno, y fomentar el respeto mutuo y la igualdad entre estados, tal como se menciona en su prefacio el enemigo mutuo son las organizaciones criminales.

La Convención constituye un esfuerzo conjunto por parte de los Estados para contrarrestar los esfuerzos de los criminales por optimizar sus esfuerzos a través de la creación de redes especializadas y organizadas, que buscan facilitar la comisión de delitos como el lavado de activos y la financiación del terrorismo. El propósito fundamental de la Convención es el establecimiento de directrices generales que permitan a los Estados implementar medidas efectivas de carácter preventivo y reactivo con respecto a la criminalidad organizada transnacional⁷⁸.

El primer punto sobre los cuales versa la convención de Palermo es en cuanto a la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado, “*cada estado parte adoptara las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometen intencionalmente*”⁷⁹, posteriormente la convención establece un *numerus clausus* de conductas encaminadas a la obtención de un provecho económico y que sea cometido por una o más personas.

La Convención de Palermo, en relación con las conductas típicas de blanqueo de capitales (en su art. 6, núm. 1), prevé de forma prácticamente idéntica las que ya habían sido definidas por la Convención de Viena de 1988, la diferencia entre ambas convenciones radica en la reconceptualización y extensión del denominado “delito determinante” (concepto que puede ser equiparado al de “delito previo”), previsto en el art. 2, letra h). Esta Convención señala que

⁷⁸ Infolat, La convención de Palermo contra el FT, <https://www.infolaft.com/la-convencion-de-palermo-contra-el-ft/>, Visto el veintisiete de agosto de 2021.

⁷⁹ Organización de Las Naciones Unidas, *convención* de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional, (Palermo, 2000). Artículo 5.

“delito determinante” debe ser entendido como “todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la Convención”⁸⁰.

2.2.5 Convención de Las Naciones Unidas contra la corrupción de (Convención de Mérida).

La convención de Mérida, en su preámbulo arroja el sentido de la finalidad de dicho instrumento como aquel esfuerzo de los estados parte y consientes de la gravedad de los problemas y amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia⁸¹.

La corrupción es un fenómeno generalizado que años atrás se creía que solía estar vinculado a los países pobres hasta que se comprendió que es un concepto universal que se encuentra en todos los países sin importar su condición, ya sea desarrollado o en proceso de desarrollo, tanto en el sector público o privado. La corrupción puede entenderse como el uso de la oficina pública por parte de un funcionario público o PEP (persona expuesta políticamente, alguien que ocupa una posición legislativa, administrativa o judicial dentro de un Estado), con fines de lucro y se realiza a través de varios métodos delictivos, como soborno, extorsión, fraude, malversación y robo de fondos públicos⁸².

Un punto de relevancia que aporta la convención de Mérida, en contraposición de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como de la Convención contra el Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales, de

⁸⁰ Fidel Nicolás Mendoza Llamaconcca, *La determinación del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales (art. 301 CP) a la luz de la normativa internacional*, (Salamanca, Universidad de Salamanca, 2012) Pág. 57.

⁸¹ *Preámbulo Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*

⁸² Mariano Corbino, *La corrupción y su vínculo con el lavado de dinero*, (La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 2020), Pág. 1

la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), es que contiene aspectos relativos a la corrupción en el sector privado.

Al respecto, cabe mencionar que de manera general se consideraba que la corrupción apuntaba a los gobernantes o funcionarios, quienes se dedicaban a aprovechar los recursos del Estado para enriquecerse. Hoy en día, se puede considerar que lo anterior ya no es regla. Así las cosas, la tendencia señala que en últimas fechas se ha incrementado el caso de sobornos, evasión fiscal y lavado de activos entre el sector privado⁸³, a raíz de esto, en algunos ordenamientos jurídicos se han tipificado delitos que condenan no solo la corrupción pública, como modalidad tradicional, sino también tipos como el de “corrupción entre particulares”, tipificado en el código penal español⁸⁴.

Otro punto crucial que trata la convención de Mérida es que tan importante o más que la imposición de una pena a los autores de los hechos criminales resulta la privación de los beneficios que reporta un delito, lo cual explica la autonomía que ha cobrado el decomiso respecto de la pena. Esta trascendencia de la recuperación y gestión de activos se ha visto refrendada por los diversos instrumentos jurídicos que la han reconocido y regulado, donde tiene un lugar preeminente, en el ámbito internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003², al tratarse del primer instrumento jurídico de carácter universal

⁸³ Guillermo A. Hernández Salmerón, *México y la convención de Las Naciones Unidas Contra la corrupción*, (México D.F., Revista Mexicana de Política Exterior, 2006) Pág. 129.

⁸⁴ La corrupción entre particulares es una forma de corrupción que sucede en el ámbito de las organizaciones comerciales o mercantiles. La misma se traduce en transacciones comerciales en las que una empresa realiza pagos (normalmente en secreto) a un directivo, agente o empleado de otra empresa para beneficio personal del mismo y éste, a su vez, dirige los negocios a favor de la compañía que realiza el pago indebido con exclusión de otras entidades. Generalmente, ello concluye con la obtención de un contrato comercial por parte de la entidad que efectúa el pago al directivo, agente o empleado. La penalización de este tipo de conductos está directamente relacionada con la actividad del Estado sobre la economía mediante órganos reguladores, en la medida en que la defensa de la competencia se ha convertido en uno de los ámbitos propicios para la intervención de los poderes públicos en los mercados, vid. Miguel Angel Encinar del Pozo, *El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal*, (Madrid, universidad Complutense de Madrid, 2015).

que dispone de una regulación jurídica adecuada sobre esta materia y manifiesta el consenso mundial sobre la necesidad de una acción concertada⁸⁵.

Otro punto adicional para destacar en la Convención es el relativo a la recuperación internacional de activos producto de la corrupción, estipulado en el Capítulo V de esta, y el cual se establece como principio fundamental en la lucha contra la corrupción. De esta forma, en este Capítulo se obliga a las Partes a prestarse la mayor cooperación posible, y con este fin prevé mecanismos de prevención y detección de transferencias del producto, medidas para la recuperación directa de bienes mediante la cooperación, así como la restitución y disposición de activos, los acuerdos y arreglos bilaterales y multilaterales. Respecto a la recuperación propiamente dicha, la Convención prevé dos mecanismos a los cuales los Estados podrán acudir de manera indistinta: la recuperación directa a través de acciones civiles en los tribunales del Estado Parte en cuyo territorio se ubiquen los activos, y la recuperación a través de la cooperación internacional. Para efectos de la devolución, se establecen medidas específicas para facilitar la devolución de bienes provenientes del erario⁸⁶.

2.2.6 Convenio Centro Americano, para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y activos.

En el plano subregional, todos los países han ratificado el Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos del Lavado de Dinero y de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos de 1997, el cual fue resultado de un estudio previo y de un anteproyecto elaborados por el Centro Regional para el Desarrollo y la Cooperación Jurídica en América Central (CEDEJU), un programa que funcionó con apoyo de Naciones Unidas. Lo exitoso del mismo se refleja en que después de la suscripción por parte de la mayoría

⁸⁵ Nicolas Rodríguez-García, *Corrupción: Compliance, represión y recuperación de activos*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019) Pág. 244.

⁸⁶ Arturo Magaña Duplancher, *La Convención de la OCDE, la ONU y la OEA en materia de combate a la corrupción y su implementación en México*, (México D.F., Centro de estudios Internacionales Gilberto Bosques, 2013) Pág. 20.

de los países del área, éstos impulsaron y aprobaron sus respectivas leyes nacionales contra el lavado de dinero y activos⁸⁷.

Este convenio, comprometió a cada uno de los países de América central a implementar las medidas tanto normativas como institucionales necesarias para combatir el lavado de dinero, desde la perspectiva del tráfico ilícito de drogas, pero que sirvió de base para que estas mismas medidas, fueran utilizadas en la prevención de delito de blanqueo sin importar cual fuera el delito precedente del que se origine. El convenio centroamericano para la prevención y represión de los delitos de lavado de dinero y activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, se centra en algunos puntos homogéneos con respecto a los demás tratados internacionales que ya hemos observado, los cuales son:

Uno de esos puntos en su artículo 4 para ser específicos, se refiere a la implementación de medidas cautelares⁸⁸ sobre los bienes, productos o instrumentos considerados obtenidos producto del delito de lavado de dinero y activos.⁸⁹, estas medidas. Así mismo plantea el decomiso de bienes o instrumentos al momento que la persona imputada sea condenada.

El artículo 10 y 11 del Convenio centroamericano, en ese mismo contexto, regula los mecanismos técnicos que las instituciones bancarias deben adoptar con el objeto de identificar a sus clientes y eliminar aquellas cuentas anónimas de las cuales no se conozca la propiedad real de sus cuentas y que puedan en caso necesario, aportar dicha información a los entes

⁸⁷ Jaime Martínez Ventura, *Armonización de la legislación contra el crimen organizado en Centroamérica*, (Bogotá, Fundación Friedrich Ebert Fescol, 2012), Pág. 89.

⁸⁸ En nuestra legislación, el artículo 342 del Código Procesal Penal, establece que: *“Las medidas cautelares de índole civil, serán acordadas por el juez, a petición de parte, para garantizar la multa o la responsabilidad civil; su trámite y resolución se regirá por las reglas del proceso civil”*, Sentencia Cámara Segunda de lo penal de la Primera Sección del Centro, Ref. 262-16(San Salvador, 2016).

⁸⁹ El legislador prevé la posibilidad – previa o posterior al inicio del proceso – de restringir administrativa y judicialmente todo tipo de activos (bienes, productos, etc.), siguiendo las reglas especiales o generales; asimismo el legislador fija una regla genérica de suplencia del “trámite” y “disposiciones” que rigen a este instituto a las normas civiles. Vid. Sentencia Cámara Segunda de lo penal de la Primera Sección del Centro, Ref. 262-16, (San Salvador, 2016)

fiscalizadores; el mismo artículo 11 en su inciso segunda detalla aquellos datos que el ente bancario está obligado a solicitar los cuales son: identidad, representación, domicilio, capacidad legal, ocupación u objeto social de las personas, sean clientes ocasionales o habituales, mediante documentos de identidad, pasaportes, partidas de nacimiento, carnets de conducir, contratos sociales y estatutos o cualesquiera otros documentos oficiales o privados, cuando establezcan relaciones comerciales, en especial, la apertura de cuentas nuevas, el otorgamiento de libretas de depósito, las transacciones fiduciarias, el arriendo de cajas de seguridad o las transacciones en efectivo que superen un determinado monto⁹⁰, en el mismo inciso final, regula que deben establecerse umbrales sobre las cantidades de dinero que los usuarios pueden transferir, con el objeto de controlar los flujos de efectivo y establecer *red flags*, o alertas, de aquellas operaciones que no guarden relación con las capacidades económicas de los usuarios.

El resguardo de la información, tanto de los clientes como de las transacciones que realicen, es sumamente importante, ya que puede ser utilizado en una investigación fiscal o judicial, posteriormente. La custodia de estos registros comprende otra de las obligaciones que el convenio impuso a los países signatarios, reconociendo la importancia de los soportes contables y financieros en la investigación judicial y los cuales son utilizados para la reconstrucción de transacciones financieras.

El convenio establece que las llamadas operaciones sospechosas⁹¹, se les deberá prestar atención especial y que las instituciones obligadas deberán comunicar inmediatamente a los sujetos de fiscalización sobre los detalles de estas, el contenido de estos reportes no podrá ser revelado a ninguna persona a excepción de autoridad competente.

⁹⁰ Convenio Centro Americano para la prevención, represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, Artículo 11.

⁹¹ Las normas técnicas del Banco Central de Reserva definen a las operaciones sospechosas como todas las operaciones poco usuales, que se encuentran fuera de los patrones de transacción habituales y las que no sean significativas peri si periódicas, sin fundamento económico legal evidentes, y todas aquellas operaciones inconsistentes o que no guarden relación con el tipo de actividad económica del cliente. Art. 3

El propio artículo 16 del convenio, hace referencia a los programas de cumplimiento obligatorio por parte de las entidades de intermediación financiera y de las que realicen actividades financieras, y detalla en 3 literales los requisitos mínimos que estos deben de tener los cuales son:

- a) Procedimientos que aseguren un alto nivel de integridad del personal y un sistema para evaluar sus antecedentes personales, laborales y patrimoniales.
- b) Capacitación permanente al personal, e instrucción en cuanto a las responsabilidades señaladas en los Artículos del 10 al 13 del convenio centroamericano.
- c) El mecanismo de auditoría independiente para verificar el cumplimiento de los programas.

Asimismo, las entidades de intermediación financiera y las que realicen actividades financieras, antes referidas, deberán designar funcionarios gerenciales encargados de vigilar el cumplimiento de programas y procedimientos internos, incluidos el mantenimiento de registros adecuados y la comunicación de transacciones sospechosas. Estos funcionarios servirán de enlace con las autoridades competentes.

El convenio, por otro lado, reafirma que los estados parte deben tener entes fiscalizadores y de supervisión sobre las entidades reguladas, y sobre las cuales deberán tener potestades de autorización y suspensión, además de fiscalización para comprobar que cumplan con los estándares mínimos que establece el convenio, y poder así implementar programas de compliance efectivos y no meramente formalista.

2.3 Instituciones privadas en la lucha contra el lavado de dinero y activos

2.3.1 El grupo de acción financiera internacional (GAFI).

El grupo de acción financiera internacional (GAFI) o Financial Action Task Force (FATF), es el organismo de control global del lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. El organismo intergubernamental establece estándares internacionales que tienen como objetivo prevenir estas actividades ilegales y el daño que causan a la sociedad. Como organismo de formulación de políticas, el GAFI trabaja para generar la voluntad política necesaria para llevar a cabo reformas legislativas y regulatorias nacionales en estas áreas⁹².

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) fue creado en 1989 por el Grupo de los Siete G-7 este grupo estaba conformado por Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Reino Unido, Estados Unidos, y en abril de 1990 dio a conocer sus Cuarenta Recomendaciones que tenían por objeto proporcionar un plan de acción necesario para la lucha contra el lavado de dinero. Estas recomendaciones fueron revisadas en 1996 y reformuladas sustancialmente en 2003, para reflejar los cambios en las tendencias del lavado de dinero y anticipar futuras amenazas. En el año 2001, emitió las 8 Recomendaciones Especiales sobre el Financiamiento del Terrorismo, que fueron complementadas en octubre de 2004 con la emisión de la 9ª recomendación especial referida al movimiento transfronterizo de efectivo.

El 16 de febrero de 2012, publicó una nueva versión de sus Recomendaciones, en las que se integran las medidas esenciales contenidas en las anteriores Cuarenta Recomendaciones, con las 9 Recomendaciones Especiales, que constituyen los estándares internacionales utilizados por más de 180 países para combatir eficazmente y de manera global los mencionados delitos, así como para evitar el uso de los sistemas financieros con fines ilícitos⁹³.

El GAFI posee unas características relativamente inusuales: no forma parte de ninguna organización internacional, es un organismo especializado, su secretaría y presupuesto

⁹² Grupo de Acción Financiera Internacional, *Quiénes somos*, <https://www.fatf-gafi.org/about/>, visto el ocho de septiembre de 2021.

⁹³ Secretaría de hacienda y Crédito Público, *Grupo de Acción Financiera Internacional*, (Comisión Nacional Bancaria y de valores,) https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/80948/VSPG_GAFI_13042016.pdf visto el 9 de septiembre de 2021.

alcanzan dimensiones reducidas, y la mayoría del personal no desempeña únicamente las actividades del GAFI, sino que además se dedica al trabajo ordinario que le corresponde en su país. De entre estas cuatro notas hemos de destacar la limitación exclusiva del Grupo a un fin, pues nos hallamos ante "el único organismo internacional especializado y concentrado solamente en la lucha contra el blanqueo de dinero", por lo tanto, no es de extrañar que represente un papel muy importante en la cooperación internacional en tal ámbito⁹⁴.

El grupo de acción financiera internacional realiza procesos de evaluación mutua de los países miembros, con el objetivo de verificar el cumplimiento de los sistemas y mecanismos de prevención de lavado de dinero, estos sistemas son conocidos como sistemas de cumplimiento (Compliance) o sistemas Antilavado de dinero (ALD).

El proceso de evaluación conlleva el estudio y análisis del cumplimiento de las 40 Recomendaciones del GAFI/FATF y la efectividad de sus resultados. A su vez, la evaluación le permite al país analizado integrarse a la red global de GAFI/FATF y recibir una calificación de aval. Esta calificación le permite a dicho país demostrar que su sistema es efectivo en la prevención y represión de los delitos mencionados⁹⁵. Por la importancia que el proceso de EM tiene para sus miembros, el Grupo de acción financiera de Latinoamérica (GAFILAT) asume con mucha responsabilidad y compromiso el éxito de los procesos. En este sentido, contar con un equipo de evaluadores idóneo y capacitado es una condición fundamental. Anualmente, el organismo realiza un Seminario de capacitación para evaluadores dirigido a agentes públicos de los países miembros para que puedan ser integrantes de un equipo de evaluación mutua del GAFILAT⁹⁶.

⁹⁴ José Manuel Lorenzo Salgado, *Normativa Internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*, (La Coruña, Universidad Santiago de Compostela, 2001) Pág. 103.

⁹⁵ Secretaría de prevención de lavado de dinero y activos, *¿En qué consiste la evaluación mutua?* <https://www.seprelad.gov.py/en-que-consiste-la-evaluacion-mutua-n238>, Visto el día doce de septiembre de 2021.

⁹⁶ Secretaría de prevención de lavado de dinero y activos, *¿En qué consiste la evaluación mutua?*, <https://www.seprelad.gov.py/en-que-consiste-la-evaluacion-mutua-n238>, Visto el día doce de septiembre de 2021.

La recomendación 29 del GAFI, establece las funciones principales de una unidad de investigación financiera las cuales son⁹⁷:

a) Recepción: Sirve como agencia central para la recepción de la información revelada por los sujetos obligados. Como mínimo, esta información debe incluir los reportes de transacciones sospechosas

b) Análisis: Las UIF, deben elaborar dos tipos de análisis con la información que reciben:

i) Análisis operativo, utiliza la información disponible y que se puede obtener para identificar objetivos específicos (ej.: personas, activos, redes y asociaciones criminales), para seguir el rastro de actividades o transacciones en particular y determinar los vínculos entre esos objetivos y los posibles productos del delito, el lavado de activos, los delitos determinantes o el financiamiento del terrorismo.

ii) Análisis estratégico, utiliza la información disponible y que se puede obtener, incluyendo datos que pudieran suministrar otras autoridades competentes, para identificar las tendencias y patrones relacionados al lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Esta información es luego utilizada por la UIF u otras entidades estatales para determinar las amenazas y vulnerabilidades relacionadas al lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

⁹⁷La recomendación número 29 del GAFI establece que Los países deben establecer una Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) que sirva como un centro nacional para la recepción y análisis de: (a) reportes de transacciones sospechosas; y (b) otra información relevante al lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo, y para la comunicación de los resultados de ese análisis. La UIF debe ser capaz de obtener información adicional de los sujetos obligados, y debe tener acceso oportuno a la información financiera, administrativa y del orden público que requiera para desempeñar sus funciones apropiadamente, Vid. <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/435-fatf-recomendacion-29-unidades-de-inteligencia-financiera>.

c) Comunicación: debe ser capaz de comunicar, espontáneamente y por solicitud, la información y los resultados de su análisis a las autoridades competentes acordes, deben utilizarse canales dedicados, seguros y protegidos para esta comunicación.

2.3.2 El Grupo Egmont.

El 9 de junio de 1995, varias agencias de gobierno y organizaciones internacionales se reunieron en el palacio Egmont-Arenberg en Bruselas, y como consecuencia de esta reunión nació Grupo Egmont, como una organización informal para proporcionar un foro para las Unidades de Inteligencia Financiera de todo el mundo, a fin de mejorar la cooperación en la lucha contra el lavado de dinero, y más recientemente, contra la financiación del terrorismo y fomentar la implementación de programas nacionales en esta materia.

El grupo Egmont acordó como definición de Unidad de Inteligencia Financiera “Unidad central, nacional encargada de recibir, analizar y trasladar a las autoridades competentes comunicaciones de información financiera: i) relacionadas con fondos de los que se sospeche un origen delictivo y una posible financiación del terrorismo, o ii) requeridas por la normativa nacional, con el fin de combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo”.

Adicionalmente acordó un procedimiento para acreditar que una UIF cumple con la definición antes indicada con vistas a ser miembro de este Grupo Egmont; entre cuyos criterios, resalta tener capacidad legal y deseo de cooperar conforme a los principios de intercambio de información de Egmont con el ánimo de combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Salvo Nicaragua, todos los países centroamericanos son miembros del Grupo a través de sus respectivas UIFs⁹⁸.

⁹⁸ Fundación Konrad Adenauer, *Siguiendo la ruta del dinero*, (Guatemala, La Red, 2012), Pág. 15.

El grupo Egmont posee una Red Segura de Egmont (ESW) es un sistema de comunicación electrónico que permite a los miembros la compartición cifrada de correos e inteligencia financiera, así como otra información de interés para los miembros y para el funcionamiento del Grupo Egmont. La ESW es crucial para el funcionamiento efectivo del Grupo Egmont y por lo tanto los jefes de UIFs proveerán un mandato a la ESW, aprobarán y darán seguimiento a su estructura y políticas de gobernanza⁹⁹.

El propósito de la ESW es:

- (a) Proporcionar un canal seguro y confiable de comunicación para los miembros del Grupo Egmont.
- (b) Funcionar de acuerdo con el mandato de los jefes de UIFs.
- (c) Adherirse a los estándares de seguridad, confiabilidad, eficiencia y efectividad especificados por los jefes de UIFs.

2.4 Instituciones nacionales en el combate contra el lavado de dinero y activos.

En El Salvador, la institucionalización del combate contra el lavado de dinero y activos se ha convertido en un tema de interés, tanto privado como público, esta sinergia¹⁰⁰ público-privada, se vuelve sumamente necesaria entre ambos sectores, para combatir una criminalidad cada vez más especializada. La ley contra lavado de dinero y activos reconoce *“que para lograr sus objetivos los delincuentes utilizan diversas entidades, especialmente las instituciones financieras para el lavado de dinero proveniente de actividades delictivas, lo cual puede poner en peligro la solidez y la estabilidad de dichas instituciones, así como la credibilidad del sistema*

⁹⁹ Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera, *Carta del Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera*, (2013) Pág. 8.

¹⁰⁰ José Miguel Saravia Dueñas, *La sinergia pública y privada en la prevención de delitos económicos* (San Salvador, Revista Derecho y Negocios, 2019), <https://derechoynegocios.net/la-sinergia-publica-privada-la-prevencion-delitos-economicos/>, visto el día 12 de septiembre de 2021

financiero en su conjunto, ocasionando o pudiendo ocasionar la pérdida de confianza del público”¹⁰¹;

Se reconoce de esta manera que las entidades del sector financiero son las instituciones¹⁰² privadas, que se encuentran en una situación de riesgo mayor, aunque no son las únicas, y que por lo tanto juegan un papel indispensable en el combate contra el lavado de dinero y activos, ya que es en estas donde se implementan los sistemas de cumplimiento que las recomendaciones del GAFI mencionan en su recomendación número uno la cual nos dice que *“Los países deben asegurar que, las autoridades que hacen las políticas, la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), las autoridades del orden público, los supervisores y otras autoridades competentes relevantes, tanto a nivel de formulación de políticas como operativo, cuenten con mecanismos eficaces establecidos que les permita cooperar y, cuando corresponda, entablar entre sí una coordinación e intercambio de información a nivel interno en el desarrollo e implementación de políticas y actividades para combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva”¹⁰³,*

Las instituciones públicas y las empresas privadas deben entonces, contar con sistemas de compliance debidamente implementados y que respondan a las necesidades particulares de cada una de ellas para que de esta manera el riesgo de lavado de dinero sea eficientemente prevenido.

2.4.1 Sujetos de aplicación y sujetos obligados.

¹⁰¹ Exposición de motivos, Ley contra lavado de dinero y activos, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2000).

¹⁰² Al referirse a las instituciones, La ley contra lavado de dinero y activos hace referencia a entidades privadas, más específicamente del sector financiero como lo establece en su exposición de motivos, bid. Asamblea Legislativa de El Salvador, *Ley contra lavado de dinero y activos*, (San Salvador, Asamblea Legislativa, 200).

¹⁰³ Grupo de Acción Financiera Internacional, *Las 40 recomendaciones del GAFI*, <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/407-fatf-recomendacion-1-evaluacion-de-riesgos-y-aplicacion-de-un-enfoque-basado-en-riesgo>, visto el 28 de septiembre de 2021

El artículo 2 de la ley contra lavado de dinero y activos establece que sus disposiciones podrán ser aplicadas tanto a personas naturales como jurídicas, tanto la recomendación 1 del GAFI, como los convenios internacionales en materia de combate de lavado de dinero, hacen referencia a las obligaciones que tienen las “instituciones” o personas jurídicas, en cumplir con las diferentes obligaciones determinadas por la ley y los referidos convenios, la referencia 1 menciona que *“las instituciones financieras y las actividades profesionales no financieras designadas (APNFD) deben tener establecidos procesos para identificar, evaluar, monitorear, administrar y mitigar los riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo”*¹⁰⁴, se introdujo un sistema novedoso para nuestro ordenamiento jurídico, con la inclusión de actores privados en la función de prevención y control de actividades que podrían estar destinadas al blanqueo de activos de origen delictivo. El escenario mundial del tipo penal del lavado de dinero había trascendido las fronteras impuestas por los delitos vinculados al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y nuestro país debía actualizar su legislación si quería seguir formando parte del organigrama internacional¹⁰⁵.

Tanto las Unidades de investigación financiera, como los sujetos obligados de la ley contra lavado de dinero, trabajan en conjunto con la fiscalía general de La República, para prevenir efectivamente que el dinero de origen ilícito sea integrado al sistema económico nacional e internacional¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Grupo de Acción Financiera Internacional, *Las 40 recomendaciones del GAFI*, <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/407-fatf-recomendacion-1-evaluacion-de-riesgos-y-aplicacion-de-un-enfoque-basado-en-riesgo>, visto el 12 de septiembre de 2021.

¹⁰⁵ Hernán Zavalía Lagos, *Los Sujetos Obligados, Tratado de Lavado de activos y Financiamiento del terrorismo. Tomo II*, (Buenos Aires, Ed. La Ley, 2012) Pág. 365.

¹⁰⁶ La Sala de lo Constitucional en la controversia número 1-2018, menciona que la autonomía funcional de la UIF no invade ningún punto las competencias constitucionales de la FGR, ya que la naturaleza y las funciones de dicha entidad fiscal “no son de dirección de investigación del delito”. Más bien, configura “una unidad” que, juntamente con los sujetos obligados, trabaja para “evitar que el dinero de origen ilícito sea integrado al sistema económico nacional e internacional”, reforzando con este argumento la importancia de la cooperación entre los sujetos obligados de la ley y las instituciones públicas aplicadoras de la ley como la UIF, podemos observar la interpretación que la Sala da al trabajo de la UIF en cooperación con los sujetos obligados y la importancia de esta cooperación en la prevención del delito de lavado de dinero y activos.

El artículo 2 de la ley contra lavado de dinero y activos, relaciona que la ley será aplicable, incluso si estas no se encuentren constituidas legalmente, es decir cuando se trate de una sociedad de hecho, y por ello no están exentas de cumplir con los requerimientos que les realice la autoridad competente, con el objeto de comprobar la fuente lícita de las transacciones que realicen.

Los sujetos obligados, entonces, son aquellos que tienen la obligación de reportar las diligencias y las operaciones sospechosas que superen los umbrales que la ley establece y tener un oficial de cumplimiento que verifique el cumplimiento de todas las demás responsabilidades que la ley contra lavado de dinero le encomiende. El instructivo de la unidad de investigación financiera (UIF), en sus normas particulares regula de manera más detallada estas obligaciones, pero hace especial referencia a la obligación de cooperación institucional entre los mismos sujetos obligados que se refiere el artículo 2 de la ley contra lavado de dinero y activos, en ese sentido esta misma disposición hace referencia a que esta cooperación debe implementarse de manera óptima y reflejarse en políticas internas que impida que las instituciones serán utilizadas como vehículos por medio de los cuales los criminales puedan lavar dinero.

La recomendación uno del GAFI¹⁰⁷, trata sobre aquella evaluación de los riesgos sobre a la cual están expuestos los países, la adecuada medición de estos y las políticas criminales que como consecuencia de estas evaluaciones tomaran los países en la prevención del delito de blanqueo de capitales, esta obligación de identificar, evaluar y entender los riesgos asociados, deben ser transmitidos por los estados a los sujetos obligados por medio de la legislación correspondiente

¹⁰⁷ Recomendación 1 del GAFI: Los países deben identificar, evaluar y entender sus riesgos de lavado de activos/financiamiento del terrorismo, y deben tomar acción, incluyendo la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar los riesgos, y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente los riesgos. Con base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo (EBR) a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados. Este enfoque debe constituir un fundamento esencial para la asignación eficaz 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, <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/407-fatf-recomendacion-1-evaluacion-de-riesgos-y-aplicacion-de-un-enfoque-basado-en-riesgo>, visto veinte de septiembre de 2021.

en prevención de lavado de dinero y activos, tal como lo menciona la misma recomendación 1, en su párrafo final *“Los países deben exigir a las instituciones financieras y actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD) que identifiquen, evalúen y tomen una acción eficaz para mitigar sus riesgos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación”*, de esta manera las instituciones tendrán las herramientas necesarias para prevenir efectivamente las amenazas de las organizaciones criminales y su intento de utilización como vehículo.

La política criminal definida por el estado y la fiscalía general de la república, en la lucha contra la delincuencia organizada en la defensa y protección de derechos fundamentales de las personas, así como lo dispuesto en tratados internacionales ratificados por El Salvador para combatir delitos con determinadas características; ya sea por la magnitud del daño causado, su alcance nacional o transnacional, la condición del autor o autores, la naturaleza de las víctimas o su condición de vulnerabilidad y la complejidad que implica la investigación del delito, bajo criterios de selectividad¹⁰⁸, surge en respuesta a los diferentes tratados internacionales ya suscritos por nuestro país y que se mencionaron supra en esta investigación y es acorde las líneas exigidas por las recomendaciones del GAFI en la lucha contra el lavado de dinero y activos.

2.4.2 Instituciones financieras

Las instituciones bancarias, de manera histórica, han sido las instituciones que tradicionalmente han sido objetivo de la delincuencia organizada para destinar el dinero obtenido ilícitamente de los delitos que cometen, esto se debe en parte debido al gran abanico de operaciones tanto activas como pasivas que la misma institución ofrece a los usuarios, algunos tan sencillos como los depósitos de dinero en cuentas bancarias y otros mucho más complejos como redes de

¹⁰⁸ *Política de Persecución Penal* de la fiscalía general de La República, (San Salvador, fiscalía general de La República, 2017) Pág. 36.

transacciones electrónicas a nivel mundial, en las cuales intervienen intermediarios financieros, empresas off shore y paraísos fiscales como señales de alerta de lavado de dinero y activos.

Los mecanismos y diversos artilugios que son utilizados por las organizaciones criminales con un alto contenido de ingeniería financiera incluyen vehículos corporativos, es decir, diferentes tipos de instrumentos financieros como los fideicomisos, que “además de oscurecer las identidades de los beneficiarios finales de un activo o el origen y destino de los fondos, estos vehículos corporativos también se usan a veces en los esquemas criminales como fuente de ingresos legales,”¹⁰⁹ el sistema financiero se ha convertido en el ecosistema predilecto de la criminalidad organizada en el proceso de lavado de dinero ya activos, es debido a ello que las instituciones bancarias son el sector que más regulación al respecto posee en cuanto al combate de este, el instructivo de la UIF, fue diseñado especialmente para las instituciones financieras, y regula desde el aspecto ético del elemento humano de la institución hasta los procedimientos internos que deben implementar rigurosamente en las operaciones tanto pasivas como activas que realizan las instituciones financieras.

El abuso financiero tiene el significado más amplio, que abarca no solo las actividades ilegales que pueden dañar sistemas financieros, sino también otras actividades que explotan los marcos tributarios y regulatorios con resultados indeseables. Cuando el abuso financiero involucra instituciones o mercados financieros, es a veces denominado abuso del sector o delito financieros, que es un subconjunto de los abusos, puede referirse a cualquier crimen no violento que generalmente resulta en una pérdida financiera, incluyendo fraude financiero, también incluye el lavado de dinero¹¹⁰, la prevención de delitos financieros son el principal objetivo de las medidas y controles de los sistemas de compliance que se implementan.

¹⁰⁹ Grupo de Acción Financiera, *Money or Value Transfer Services*. (París, GAFI, 2017), Pág. 12, <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/rba-money-or-value-transfer.html>.

¹¹⁰ Hasmet Sarigul, *Money Laundering and the abuse of the financial system*, (Istanbul, Mevlana (Rumi) University, Turkey, 2013), Pag. 292.

2.4.3 Instituciones no Financieras, Actividades profesionales no financieras designadas o APNFD.

No solamente el sector financiero es golpeado por la criminales organizada que dispone a lavar los bienes obtenidos de manera ilegal, los criminales, han estudiado otros sectores económicos los cuales pueden utilizar para blanquear sus ganancias ilícitas, el sector real de la economía lo comprenden los sectores Primario o agropecuario, el sector secundario o la industria o comercio y el sector terciario o de servicios, los cuales en cada uno de sus rubros existen infinidad de actividades económicas por medio de las cuales puede “inyectarse en círculos legítimos”¹¹¹.

El uso del comercio y los servicios profesionales en el lavado de dinero se ha vuelto recurrente, prueba de ello es el amplio catálogo de tipologías que se han proliferado a nivel internacional, El informe elaborado en 2010 por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) sobre lavado de activos en zonas de libre comercio

sostiene que uno de los métodos más utilizados para el financiamiento del terrorismo en Centroamérica y Sudamérica es a través del lavado de activos basado en operaciones de comercio exterior (Trade Based Money Laundering, TBML, por sus siglas en inglés), focalizándose en la explotación del sistema de comercio internacional con el propósito de transferir bienes y valores, encubriendo al mismo tiempo el verdadero origen ilícito de aquellos recursos¹¹².

La ley contra lavado de dinero en su artículo 2, redacta una serie de actividades económicas en la cual no hace distinción expresa entre instituciones financieras y APNFDs, y solamente hace mención especial aparte a los profesionales abogados, notarios, contadores y auditores; la

¹¹¹ Javier Perotti, *La problemática del lavado de dinero y sus efectos globales: Una mirada a las iniciativas internacionales y las políticas argentinas*, Centro Argentino de Estudios Internacionales, (Salta, Centro Argentino de Estudios Internacionales,2009), Pág.6.

¹¹² Financial Action Task Force, *Trade based Money Laundering*, (Paris, FATF,2006), Pag. 2

recomendación 28 del GAFI, establece que este tipo de actividades deben estar sujetas a medidas de regulación y supervisión en el cual se verifique que estos hayan implementado las medidas anti lavado de dinero y financiamiento del terrorismo (ALD/CFT) y que estos estén sujetos a sistemas eficaces para poder ser monitoreados y asegurar el cumplimiento de las medidas de prevención¹¹³.

Las actividades profesionales no financieras designadas deben estar sometidas a las demás obligaciones que establecen las recomendaciones 18 a la 21, entre las que están la obligación de reportar las operaciones sospechosas que ante sus oficinas de realicen, como también lo establece el artículo 4 de la ley contra lavado de dinero y activos.

Como ya se mencionó, el conjunto de tipologías que pueden utilizarse en el sector no financiero es muy variada, entre estas podemos mencionar las algunas comunes que son:

- Exportaciones ficticias de bienes y servicios.
- Inversión extranjera ficticia en una empresa local.
- Utilización de empresas legalmente establecidos para mezclar dinero ilícito con fondos obtenidos legalmente.
- Utilización de fondos ilícitos para disminuir endeudamiento o capitalizar empresas legítimas.
- Transporte de dinero de origen ilícito a otro país para adquirir mercancías que ingresan al país local mediante contrabando técnico por subfacturación.

La cantidad de tipologías utilizadas aumentan año con año, y son tan diversas como rubros económicos; el factor común de este tipo de tipologías es que es utilizado el comercio, y se aleja cada vez más de la concepción de que solamente el sector financiero es utilizado para poder ocultar las ganancias ilícitas obtenidas de las actividades ilícitas.

¹¹³ Grupo de Acción Financiera Internacional, *Recomendación 28*, (París, FATF, 2019)

2.4.4 Sujetos de fiscalización.

Los sujetos de fiscalización en la prevención de lavado de dinero y activos son aquellas entidades que cumplen una función de fiscalización y control, del cumplimiento de las obligaciones impuestas en este caso, a los sujetos obligados.

2.5 Mecanismos de asistencia internacional entre los sujetos obligados.

Como ya se mencionó, la cooperación tanto entre los sujetos obligados como entre estos y las instituciones estatales, son de vital importancia en la prevención de lavado de dinero y activos, muchas veces, depende en gran parte de esta cooperación la detección de tipologías e individualización de los sujetos activos que realizan las conductas típicas del delito.

Los tratados de asistencia legal mutua son convenciones en que los estados parte se comprometen a dar apoyo mutuo en la facilitación de pruebas, permiten un amplio intercambio de información, asistencia y otros tipos de cooperación entre dos países. Durante una operación de recuperación de activos, pueden constituir valiosas herramientas para recopilar evidencia e información relevante.

La Convención de la Haya de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, regula la cooperación internacional en la obtención de evidencia para su uso en los proceso penales, este convenio proporciona canales para el intercambio de información, deben ser revisados por las unidades de investigación financiera; el artículo 1 de la convención regula lo que son las cartas rogatorias el cual en relación con el artículo 151 del código procesal civil y mercantil salvadoreño (CPCM) señala que , la autoridad judicial de un Estado contratante podrá, en conformidad a las disposiciones de su legislación, solicitar de la autoridad competente de otro Estado contratante, por carta rogatoria, la obtención de pruebas, así como la realización de otras actuaciones judiciales.

En materia penal, existen dos tratados internacionales de gran importancia, el primero es la convención interamericana sobre asistencia mutua en materia penal, en el cual los estado se comprometen a brindarse asistencia mutua en materia penal que incluya investigaciones juicios y actuaciones en materia penal, y del cual dentro de su ámbito de aplicación tenemos la notificación de resoluciones y sentencias judiciales, testimonios y declaraciones de testigos y partes procesales, notificaciones de testigos y peritos, practicas judiciales como embargos, secuestros de bienes, medidas cautelares, y cualquier otro tipo de información que se acordara entre los estados parte.

El segundo tratado a nivel regional es el tratado de asistencia legal mutua en asuntos penales entre las repúblicas de Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador de 1993¹¹⁴, el cual posee una estructura similar a la convención interamericana sobre asistencia mutua en materia penal, este tratado regula la obligación de los estados parte a la asistencia mutua relacionada a hechos punibles tipificados en ambos países, y la cual puede consistir en la asistencia legal, de conformidad con lo que dispone el presente Tratado incluye: a. La recepción de declaraciones testimoniales; b. La obtención y ejecución de medios de prueba; c. La notificación de resoluciones judiciales y otros documentos emanados de autoridad competente; d. La ejecución de medidas cautelares; e. La localización de personas; y f. Cualquier otra asistencia legal acordada entre dos o más Estados Contratantes.

¹¹⁴ Tanto el Tratado de Asistencia Legal Mutua y la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal tienen como objeto, que los Estados parte se presten colaboración en investigaciones y procesos penales, contemplando la notificación de documentos judiciales como uno de los tipos de asistencia que se pueden prestar. Para formular una solicitud, ambos establecen requisitos formales similares para ellas, variando en su modo de transmisión de acuerdo con las autoridades centrales designadas por los países, Corte Suprema de Justicia, 59-S-2014, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014).

CAPITULO III

IMPLEMENTACIÓN DE LOS SISTEMA DE COMPLIANCE EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS.

3.1. Origen y evolución de los sistemas de compliance.

El criminal compliance (modelo de prevención de delitos) consiste en impulsar dentro de una organización un amplio conjunto de medidas que tiendan a disminuir eficazmente la probabilidad de que algún miembro de esa entidad pueda realizar un delito aprovechándose de dicha estructura jurídica¹¹⁵. Se considera una herramienta institucional que cumple tres funciones principales: la prevención de actividades delictivas dentro de la institución (función preventiva), la detección de estas actividades (función de detección), y su eficaz sanción o denuncia a las instituciones de fiscalización, para que si lo estiman oportuno inicien una investigación judicial (función represiva)¹¹⁶.

El término compliance es un anglicismo que, a pesar de su uso creciente en el mundo de la empresa, no se encuentra todavía oficialmente contemplado por la Real Academia de la Lengua Española y ello posiblemente obedezca a que la noción del compliance ofrece varias dificultades, la primera de ellas desde su traducción al español, que en términos generales sería a de “cumplimiento” o “conformidad”¹¹⁷, que aplicada al ámbito jurídico sería “cumplimiento del Derecho” o “cumplimiento de las normas”¹¹⁸.

¹¹⁵ KUHLEN considera que por compliance debemos entender a “las medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen”. Luthar Kuhlen, *Cuestiones Fundamentales de Compliance y Derecho Penal*, (Madrid, Marcial Pons, 2013)

¹¹⁶ Podemos notar que las funciones de los sistemas de compliance, se representa y tienen relación con el objeto de la ley contra lavado de dinero y activos, y que se enmarcan en el artículo 1 de la ley, bid. Asamblea Legislativa, *Ley contra lavado de dinero y activos*, (San Salvador, 2000), Art. 1.

¹¹⁷ Sobre esta línea, véase Bock, Dennis, “Compliance y deberes de vigilancia de la empresa”, en *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, (Madrid, Marcial Pons, 2013), Pág.107

¹¹⁸ Stalin Raza Castañeda, *La función del Compliance en el análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica*, (Quito, Revista Cap. Jurídica Central, 2016) Pag. 248

Los sistemas de cumplimiento normativo tienen su origen en el *common law*, en los años 70 y 80's, en Estados Unidos, tras los grandes escándalos de corrupción y financieros, donde se veían involucradas grandes empresas transnacionales y las cuales sobornaban a funcionarios extranjeros, los Estados Unidos de América consecuencia de ello proclamaron la Foreign Corrupt Practice Act o Ley de prácticas corruptas en el extranjero, comúnmente llamada FCPA, la cual, incluía disposiciones anti sobornos (anti trust), requerimientos y prohibiciones en materia de libros y registros contables.

La Foreign Corrupt Practices Act, se originó a raíz del mayor escándalo político acaecido en los Estados Unidos de América: el Watergate, su descubrimiento publico desencadeno una serie de investigaciones orientadas a desvelar los actos ilegales y comportamiento indebidos en la política y en los negocios. Producto de ella la comisión especial del senado estadounidense conformada para estos efectos, se detectaron un sin número hecho de corrupción, estafas, espionaje, hurto, entre otros¹¹⁹,

La ley de prácticas corruptas en el extranjero fue la carta pionera en imponer obligaciones formales a las instituciones privadas con respecto a políticas internas mediante las cuales existirá una autoprotección y compromiso de la alta gerencia de la institución en la prevención de delitos, la ley FCPA, establece dos tipos de disposiciones principales:

- Prohibición de soborno: Las disposiciones anti-soborno prohíben que un asunto doméstico (una persona o entidad corporativa de los Estados Unidos) realice pagos corruptos o promesas de pago a oficiales extranjeros con el fin de obtener o retener negocios¹²⁰.
- Disposición de "libros y registros contables": exige que las personas jurídicas norteamericanas con actividades comerciales fuera de Estados Unidos lleven libros y

¹¹⁹ Andy Carrion Zenteno, *Criminal Compliance*, (Lima, FCB Ediciones S.A.C., 2014) Pag. 21

¹²⁰ World Compliance Office, *El manual de bolsillo de la FCPA*, (Washington, World Compliance, 2012), Pag. 6

registros precisos y un sistema de control contable interno. El Departamento de Justicia es responsable de la supervisión penal de estas disposiciones, mientras que la Comisión de Bolsa y Valores (SEC) es responsable de la observancia civil.

Como se puede observar la ley en mención se divide en dos partes, la primera que consiste en establecer las conductas delictivas, consideradas como soborno¹²¹, y la segunda parte en la implementación de sistemas de registro, y procedimientos éticos en el manejo de la información financiera que las entidades privadas manejan. La ley de prácticas corruptas en el extranjero (FCPA por sus siglas en inglés), fue considerada la primera ley que tenía implicaciones extraterritoriales, ya que iba dirigida a los estadounidenses que cometieran prácticas de corrupción fuera de los estados unidos.

Dentro del mundo contemporáneo, la dinámica financiera y la lógica internacional de los negocios genera un estado de interdependencia no solo a nivel de países sino también en la dimensión empresarial. En este sentido, la itinerancia de ejecutivos en empresas multinacionales es una constante¹²². Los más altos directivos generalmente no son nacionales del país donde laboran, su permanencia en la sede de una determinada compañía depende del mercado, de modo que no existe una correlación entre la nacionalidad del ejecutivo y la de la compañía¹²³.

Es a consecuencia de ello que la implementación de políticas, procedimientos y controles internos se manifestó de forma necesaria amparada en una ley que podría tener efectos

¹²¹ El Código Penal de El Salvador destina el capítulo II del mismo para describir las conductas consideradas como corrupción, dentro de las que se encuentran el peculado, las negociaciones ilícitas, el cohecho en sus dos modalidades, la malversación y el enriquecimiento ilícito, también regula las conductas cometidas por los particulares como el cohecho activo, el soborno transnacional, el tráfico de influencias entre otras conductas consideradas como corrupción privada, bid. Asamblea Legislativa, *Código Penal de El Salvador*, (San Salvador, 1998)

¹²² Warren Keegan *Multinational scanning: A study of the information sources utilized by headquarters executives in multinational companies*, (New York: Administrative Science Quarterly, 1974), Pag. 411.

¹²³ Víctor Cabezas, *La ley FCPA, ¿un caso de jurisdicción universal?*, (Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2015) Pag. 63.

internacionales, y que sirvió como modelo a otros instrumentos jurídicos para la implementación de los sistemas de cumplimiento más modernos que se exigen hoy en día, ya no solamente orientado a las prácticas de corrupción, sino que a todo tipo de delitos, pero sobre todo a la prevención de lavado de dinero y activos y el financiamiento al terrorismo.

Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los mecanismos de prevención de delitos denominados sistemas de compliance, que ya se ha implementado en algunos países, supone la recepción de una tendencia procedente del Derecho anglosajón, con más de un siglo de vigencia, pues ya desde el siglo XIX se fueron aprobando normas estatales y federales en Estados Unidos contemplando la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas¹²⁴. Este régimen de responsabilidad se ha ido incorporando paulatinamente en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.¹²⁵

La nueva modernidad, el auge de nuevas formas de criminalidad, y la creación de nuevos riesgos dentro de la sociedad, siendo uno de estos las grandes estructuras jurídicas, en ocasiones transnacionales y con gran poder capital, han dado paso a implementar en los entes jurídicos modelos que los transfieran al escenario penal. Actualmente las empresas tienen cada vez más papel protagónico en la comisión de delitos de carácter económico, siendo estas entidades creadas exclusivamente para delinquir o por ser pretendidas por terceros como vehículos o instrumentos de lavado de dinero y activos. El conflicto, por tanto, entre las libertades económico-empresariales y la protección de los derechos sociales e individuales se

¹²⁴ Carlos Gómez- Jara Diez, *La responsabilidad penal de las empresas en los EE. UU*, (Sevilla, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006), Pág. 34.

¹²⁵ María Concepción Rayón Ballesteros, *Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso*, (Sevilla, Ediciones Escurialenses, 2018), Pag. 199

configurará como el fundamento principal en favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹²⁶.

La doctrina ha señalado que existen dos sistemas de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, con diferentes variantes internas, si bien las propuestas de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas oscilan entre un modelo de responsabilidad por atribución y otro denominado de responsabilidad por un hecho propio, estos modelos buscan determinar de manera adecuada los postulados dogmáticos de la teoría del delito a las características especiales de las personas jurídicas.

a) Modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro.

Llamado también modelo de autorresponsabilidad o de responsabilidad vicarial, en este modelo de responsabilidad se conjugan la responsabilidad de la persona jurídica y la de la persona física. Se basa en la idea de que las personas morales no tienen capacidad de actuación por sí mismas, las acciones delictivas se realizan por las personas físicas, por lo cual la responsabilidad de estas últimas se transfiere a las personas jurídicas¹²⁷., este tiene sus orígenes de la jurisprudencia anglosajona,

Este modelo se basa entonces en esa transferencia de responsabilidad de la persona natural vinculada a la organización hacia la persona jurídica, por lo cual podemos entender que esa conducta delictiva es entendida como acción de la persona jurídica, con base a la relación funcional que existe entre ambos¹²⁸. Pero si bien es cierto este modelo menciona la transferencia de la responsabilidad penal, esta transferencia no puede alcanzar el elemento subjetivo; es

¹²⁶ Javier Sánchez Bernal, *Responsabilidad de las personas jurídicas*, (Salamanca, Cuadernos del Tomás, 2012) Pág. 141

¹²⁷ María Luisa Escalada, *La responsabilidad penal de la persona jurídica*, (Valladolid, Universidad de Valladolid, 2015) Pág. 7

¹²⁸ Jesús María Silva Sánchez, *La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas*, (Madrid, Revista Derecho penal y criminología, 2018), Pág. 130

decir, la culpabilidad del sujeto físico no puede ser transferida a la persona jurídica, por lo que se señala que este modelo se fundamenta en una responsabilidad propiamente objetiva de la persona jurídica, lo que resulta estar muy lejos de una imputación penal fundada en el principio de culpabilidad por el hecho propio¹²⁹.

Se entiende entonces, dentro del modelo de responsabilidad penal por atribución del hecho de otro, los administradores de esta deben actuar conforme al marco de sus funciones, y entiéndase entonces que los actos cometidos por el empleado son autorizados por la persona jurídica, si el actuar del empleado va en contra de las esperadas por la empresa, no se le podría atribuir la responsabilidad a la persona jurídica.

Esta sencillez del modelo vicarial es lo que ha llegado a ser su principal éxito, pero al mismo tiempo su punto de quiebra para sus críticos adeptos a la tradición romano-germánica para quienes algo tan sencillo trae aparejado la consecuencia de ser incapaz de ser fundamentado y por tanto la imposibilidad de justificar su implementación¹³⁰.

b) Modelos de responsabilidad penal por atribución del hecho propio.

Estos modelos presentan criterios de imputación propios a la persona jurídica, no por condiciones transferidas de un sujeto a otro si no por condiciones objetivas propias determinadas por la persona jurídica.

En este tipo de modelos la cultura organizativa y la organización empresarial resultan fundamentales para determinar la responsabilidad de la entidad, sin que sea necesario probar la existencia de estados de ánimo, acciones y omisiones de las personas físicas. Lo decisivo

¹²⁹Percy García Cavero, *Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (Santiago de Chile, Revista de Estudios de la Justicia, 2012), Pág. 9

¹³⁰ Pablo Gonzales Sierra, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (Granada, Universidad de Granada, 2012)

en el examen de la cultura organizativa de la empresa son los patrones de toma de decisiones que han llevado a los resultados dañosos y que por ello pueden ser imputados a la organización, como un hecho propio¹³¹.

i) Responsabilidad penal por defecto de organización

El modelo de responsabilidad por hecho propio no requiere una transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que se integran en la estructura organizativa de la empresa.¹³²

El modelo de responsabilidad por el hecho propio o de autorresponsabilidad se identifica con los modelos de responsabilidad organizacional, holísticos o integrales, en los que la atribución de responsabilidad se centra fundamentalmente en los elementos corporativos que han llevado o propiciado la comisión del delito por parte de alguna persona natural que desempeña funciones para la organización colectiva. En éste, conceptos como la "cultura empresarial" o las "deficiencias organizativas" se transforman en criterios centrales para atribuir responsabilidad a la organización colectiva.¹³³

Este modelo entiende que el injusto propio, debe establecerse en torno a: un defecto de organización, de cultura empresarial, de conducción empresarial o de reacción ante el delito¹³⁴. , es decir no corresponde a una persona natural el cometimiento del injusto, sino que este se realiza, al faltar uno o varios elementos del sistema de prevención de delitos o de las acciones

¹³¹Nelly Salvo Ilabel, *Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*, (Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014), Pág. 100

¹³² Jesús María Silva Sánchez, *La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas*, (Madrid, Revista Derecho penal y criminología, 2018), Pág. 133

¹³³ Nelly Salvo Ilabel, *Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*, (Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014) Pág. 233

¹³⁴Miguel Ángel Boldova, *La introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica*, (Zaragoza, Revista estudios penales y criminológicos, 2013) Pág. 232

que tuvo que haber implementado para prevenir un en la organización. Según Nieto Martín “el objeto de reproche son factores que tienen que ver en exclusiva con la propia empresa”¹³⁵.

Para Bacigalupo Saggese “el hecho individual se considera como un hecho de la empresa, en tanto la persona jurídica haya omitido tomar medidas de prevención necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad misma: Este momento omisivo es el que justifica el reproche, un reproche inferior al del derecho penal”¹³⁶, es decir que la responsabilidad de la persona jurídica se fundamenta sobre la base de que esta no ha tomado las sucintas medidas de prevención necesarias con base a su análisis de riesgo institucional y ese defecto en su gestión se convierte en el hecho de conexión entre el sujeto individual y la persona jurídica.

En esa línea de pensamiento señala González Sierra, al referirse al sector de la doctrina que ubica el defecto de organización como hecho y culpabilidad propia de la persona jurídica que el esquema de estaría dado por a) El injusto de la persona jurídica estaría dado por el defecto de organización; y b) La culpabilidad equivalente a una cultura empresarial de incumplimiento a la ley¹³⁷.

ii) Modelo constructivista de autorresponsabilidad.

Este modelo se basa caso contrario a los modelos vicariales y al de defecto de organización, que se basan sobre la conducta originada por los sujetos físicos y la relación de las acciones de estos con la misma persona jurídica, el jurista Carlos Gómez – Jara Diez, ha propuesto un modelo apartado de esta dependencia a los elementos humanos de las personas jurídicas y se

¹³⁵ Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, (Santiago, Revista de política criminal, 2010), Pag. 33

¹³⁶ Silvina Bacigalupo Saggese, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, un estudio sobre el sujeto del derecho penal*, (Madrid, Universidad autónoma de Madrid, 1997)

¹³⁷ Pablo González Sierra, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (Granada, Editorial de la Universidad de Granada, 2012), Pág.195

funda con una naturaleza apática a las actuaciones de las personas físicas y fundada esencialmente en la Organización Empresarial¹³⁸

Este modelo, tiene su base sobre los sistemas autopoieticos, es decir sistemas que están dinámicamente desarrollados entre sí, esta autorreferencialidad, hace referencia a que la organización produce y reproduce los elementos sobre los cuales está constituido. Esta tesis sostiene que es la misma organización la que desarrollada sus elementos básicos de: autonomía, autoadministración, autoconducción y autoorganización. Este modelo hace referencia a similitud entre el ser humano y las empresas como sistemas autopoieticos complejos, al cual este autor denomina “*ciudadano corporativo fiel a derecho*”¹³⁹

La autorreferencialidad es alcanzada por la persona jurídica por medio de la complejidad interna de la persona jurídica suficiente, permitiendo así la autodeterminación de la persona jurídica, es así que si bien es cierto, no se puede alcanzar un concepto de culpabilidad empresarial idéntico al de la culpabilidad individual, sí que resulte funcionalmente equivalente.¹⁴⁰

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es un reto dentro de los ordenamientos jurídicos, y no es la excepción El Salvador, el cambio de ideología y la adecuación dentro de la clásica teoría del delito, no solo a nivel teórico sino también institucional y jurisprudencial, si

¹³⁸ Carlos Gómez-Jara Díez, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*, (Navarra, Thomson- Aranzadi, 2006) Pág. 80

¹³⁹ Para Carlos Gómez Jara, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas* La idea “*Ciudadano Corporativo de fiel al Derecho*” posee dos vertientes: una formal y otro material. Explica que la vertiente formal hace referencia a aquella Empresa que tiene el deber de institucionalizar una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. La vertiente material, hace referencia a aquella empresa que participa en los asuntos públicos, el cual en términos simples a lo que el autor pretende explicar es que debido a la trascendencia de las personas jurídicas como miembros activos de la sociedad moderna implica un determinado estatus que conlleva el establecimiento de los derechos y obligaciones que ostenta, y en ese sentido se han legitimado las sanciones que les son aplicables por el hecho que el sujeto que recibe la sanción ha participado en la producción de la vigencia de la norma; en ese sentido, afirma que el derecho penal empresarial pretende ser funcionalmente equivalente al derecho penal individual. Pág. 105-108

¹⁴⁰ Carlos Gómez-Jara Díez, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas*, (Navarra, Thomson- Aranzadi, 2006) Pág. 123

bien es cierto que a nivel normativo se vislumbran vestigios de un modelo de responsabilidad penal ya instalado, pero el cual se niegan a reconocer.

Nuestra legislación penal, el artículo 38 regula la figura jurídica del “*actuar por otro*”, la sala de lo penal de la corte suprema de justicia menciona que la razón que llevó a los legisladores a incorporar la figura jurídica del “Actuar por Otro” en el Código Penal, fue eliminar los espacios de impunidad en los que el actuante bajo el cobijo de la gestión ajena cometía o participaba en un hecho delictivo (Dependiendo del rol que le correspondería al suplido en el evento criminal), que no le era reprochable penalmente por haber cometido el acto en nombre de otro; de manera que, el actuante responde personalmente por la acción u omisión típica que desplegó en el evento criminal, aunque no esté revestido de las condiciones, cualidades o relaciones del suplido, necesarias para tenerle como sujeto activo del delito.¹⁴¹.

Se aplica a la representación legal o voluntaria de personas físicas y jurídicas, su espacio de mayor impacto se encuentra en la actuación del representante de personas jurídicas en delitos económicos, fundamentalmente los administradores de hecho y de Derecho. El administrador de derecho debe desempeñar sus tareas conforme a las disposiciones legales que regulan ese tipo de administración. Por lo tanto, cuando accede formalmente a sus responsabilidades —con el nombramiento— puede considerarse que se le ha trasladado el deber específico. A partir de ese instante se convierte en destinatario directo de la norma penal¹⁴².

La figura del actuar otro, podemos adecuarlo a un modelo de heterorresponsabilidad o responsabilidad vicarial de la persona jurídica, ya que el administrador o representante legal de esta, responsable por los ilícitos cometidos por la organización, esta figura se encuentra regulada comprendida dentro de la transferencia de la responsabilidad, concepto limitado e impreciso al respecto de la amplitud del fenómeno de la responsabilidad penal de las personas

¹⁴¹ Sala de lo penal, *Casación 22-CAS-2015* (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016)

¹⁴² Juan Carlos Ferré Olivé, *El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del derecho penal tributario y de la seguridad social*, (México D.F., Revista Penal México, 2016) Pág. 28

jurídicas. En la doctrina moderna, no se asemejan ambos conceptos, ya que los modelos establecidos anteriormente como heterorresponsabilidad y autorresponsabilidad, han superado funcionalmente al del actuar por otro.

El código penal de El Salvador, responde a modelos de heterorresponsabilidad penal de la persona jurídica, por medio del cual la responsabilidad de la persona jurídica es transferida a los directores o administradores de esta, por ejemplo en el artículo 114 de este código, hace referencia a la obligación de responsabilidad civil por los delitos o faltas cometidas, el artículo 116 que hace referencia a los responsables directos de la responsabilidad civil y en el caso de que estos sean personas jurídicas (empresas), también serán responsables por dichos actos, en los procesos penales contra personas jurídicas, la atribución de la calidad de imputado será de las personas naturales que acordaron o ejecutaron el hecho punible.

Podemos observar que dentro de estas figuras, se encuentra implícita la posibilidad atribución de penas a las personas jurídicas por medio para el caso de las penas privativas de libertad y civiles al administrador o representante legal que actúan en nombre de estas y de la responsabilidad civil subsidiaria para el caso de las empresas, contemplando la doble vía de responsabilidad como hecho de conexión entre el administrador y la persona jurídica.

Le ley contra lavado de dinero y activos, hace referencia a la figura del actuar por otro, en su artículo 15, acogiéndose la figura de la heterorresponsabilidad planteada para el código penal, Las deficiencias operativas y estructurales y de las cuales se origine el delito de lavado de dinero, serán imputables y transferidas a los representantes de dichas organizaciones en razón de la figura del actuar por otro. es decir que si hiciera falta cualquiera de los elementos del sistema de cumplimiento, este será imputable al administrador o representante legal, sin perjuicio de las responsabilidades penales individuales que se encuentran reguladas en los tipos de la misma ley contra lavado de dinero y activos.

Si bien es cierto, tanto el código penal vigente como la ley contra lavado de dinero, contienen en esencia elementos de responsabilidad penal de la persona jurídica, en el año 2018, fue presentado a la asamblea legislativa de El Salvador, un anteproyecto de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este proyecto se hace referencia a los compromisos adquiridos en los convenios internacionales adquiridos por El Salvador, como son los mencionados en el capítulo II de esta investigación, y las recomendaciones del GAFI, para ajustarse a los estándares internacionales fijados en sus 40 recomendaciones.

El anteproyecto trae consigo una responsabilidad penal de la persona jurídica bajo el modelo de atribución de responsabilidad por defecto de organización, en su artículo 5 nos menciona que: *las personas jurídicas son responsables penalmente por los hechos punibles previstos en el Código Penal y demás leyes especiales cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio directo o indirecto o el de un tercero*, podemos observar que se introduce de manera directa la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin depender de la persona física para poder atribuirle a esta la consecución del injusto. El artículo 7 confirma la autonomía de esta responsabilidad propia de la persona jurídica.

Podemos observar que este proyecto de ley se erige sobre el modelo de responsabilidad penal por defecto de organización, este a nivel doctrinal es defendido como la modelo más adecuada de imputación penal de la persona jurídica. Podemos observar la implementación de esto modelo por ejemplo en el artículo 7 inciso segundo el cual nos dice que Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no excluyen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando dentro del proceso correspondiente se demostrare de manera fidedigna que el delito se cometió dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el Art. 5.

El artículo 8 de la ley describe las casusas de exención de responsabilidad penal de la persona jurídica, al realizar todas las acciones posibles que se encontraban a su alcance para evitar la comisión de los delitos, entonces la responsabilidad penal recaería no sobre esta, si no sobre

la persona natural que realizo la acción, estas acciones hacen referencias a los sistemas de compliance implementados dentro de las organizaciones para la prevención del delito y el deber de vigilancia que les ha atribuido la ley.

La entrada en vigor de una ley sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería un paso adelante en la modernización del derecho penal vigente y una respuesta positiva a las nuevas corrientes en la lucha contra los delitos económicos, que necesitan cambios en las estructuras normativas nacionales para su eficaz prevención.

El marco legal vigente regulado por la ley contra lavado de dinero y activos, el reglamento de esta y el instructivo de la unidad de investigación fueron creados bajo la óptica de la heterorresponsabilidad por medio de la figura del actuar por otro regulado en el artículo 38 del Código Penal de El Salvador, y el artículo 41 de la ley especial contra actos de terrorismo.

El modelo de responsabilidad penal por defecto de organización es el modelo que más aceptación ha tenido en la doctrina y al ser implementado en nuestro ordenamiento ayudaría a superar la atribución de responsabilidad objetiva que plantea la atribución de la heterorresponsabilidad, por ende sería idílico la aprobación de una ley de responsabilidad penal de la persona jurídica que regulara una autorresponsabilidad por defecto de organización.

La existencia de un determinado modelo de responsabilidad penal de la personas jurídica, es decir la base normativa por medio de la cual será atribuida la comisión de un delito económico dentro de una determina jurisdicción, plantea un tema de vital importancia para el derecho penal económico, los tipos penales y las teorías de imputación clásicos, no son suficientes para enfrentar estas nuevas tendencias criminales, la criminología nos explica que nos encontramos frente a otro tipo de criminales, con características distintas Se trata de una delincuencia vinculada a las estructuras de la globalización y financiación de la economía, que genera

ingentes costes económicos¹⁴³, la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, representa en ese sentido una herramienta de vital importancia en la lucha contra este tipo de delincuencia, conclusión a la cual han llegado la mayoría de países del mundo y por lo cual se han suscrito varios instrumentos jurídicos que la recomiendan.

La doctrina ha identificado la irrupción del criminal compliance como parte del proceso de expansión del derecho penal económico en la tarea de prevención de delitos en el ámbito de las organizaciones. Así, se ha señalado que “al largo período de centralización del control por el Estado, mediante la criminalización de conductas antes insospechadamente ajenas a la legislación penal, hoy comienza un período inverso de descentralización¹⁴⁴. El sector privado viene a establecer medidas de prevención de delitos. Los estados, a raíz de los cada vez más casos de corrupción y delitos como el lavado de dinero y activos, el tráfico ilícito de drogas ha delegado funciones de prevención del delito a las instituciones privadas para que trabajen en colaboración de los entes de fiscalización.

Se trata de una autorregulación interna, de forma que, la persona jurídica adopta en su seno medidas organizativas encaminadas a la prevención de ilícitos penales, a un control ex post, por el Estado, como una suerte de “intervencionismo a distancia”¹⁴⁵. Navarro Cardoso, menciona que: la autorregulación regulada no es más que otra muestra del continuo proceso de expansión del Derecho Penal. Así, “se trata de que el Estado, fija el marco regulatorio, y cede a los entes privados la concreción normativa vía códigos internos, reservándose, la capacidad sancionadora”¹⁴⁶, el Estado ejerce su poder de control a través de las entidades fiscalizadoras, pero es la empresa misma la encargada de implementar, dar un seguimiento y evaluar la eficacia de los sistemas de compliance dentro de sus organizaciones.

¹⁴³ Juan María Terradillos, *Derecho Penal Económico. Lineamientos de política penal*, (México D.F., Revista del instituto de ciencias jurídicas, 2015) Pág. 14

¹⁴⁴ Rafael Berruezo, *Criminal compliance y personas jurídicas*, (Buenos Aires, Editorial B d F, 2016), Pag. 143.

¹⁴⁵ Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, (Madrid, Iustel, 2008), Pag. 221.

¹⁴⁶ Fernando Navarro Cardoso, *A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020), Pag. 271.

3.1.1. Implementación de los sistemas de compliance desde la perspectiva del Derecho Penal Económico.

El orden económico, entendido en nuestro ordenamiento jurídico como aquel que debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar a todos los habitantes del país de una existencia digna del ser humano¹⁴⁷, y que se encuentre regulado en nuestra constitución en su artículo 101, hace mención de los ideales buscados por el legislador, y la garantía de protección de este orden en pro de la sociedad, con el cual éste busca asegurar el respeto de los bienes privados y el abuso de que pudiesen sufrir por parte de los mismos agentes privados que participan en el tráfico mercantil.

El sistema económico es el conjunto de estructuras, relaciones e instituciones complejas que resuelven la contradicción presente en las sociedades humanas ante las ilimitadas necesidades individuales y colectivas, y los limitados recursos materiales disponibles para satisfacerlas¹⁴⁸. Estas necesidades humanas son cubiertas por medio de los procesos de producción y distribución, el derecho económico es de naturaleza pública, ya que ingresa dentro de este proceso con su poder de imperio, estableciendo el ordenamiento jurídico rector de la economía y la infraestructura comprendida por las instituciones supervisoras de los agentes económicos, promoviendo una competencia justa y previendo abusos en contra de otros participantes menos poderosos.

Este orden establecido por la constitución de El Salvador, fija los objetivos que el Estado en su ejercicio intervencionista dentro de la economía posee, que a pesar de los esfuerzos neoliberales de rechazo intervencionista y adoctrinamiento de la mano invisible que proponía Adam Smith¹⁴⁹, el cual aseguraba que dentro de una economía perfecta de mercado, esta era

¹⁴⁷ Constitución de la Republica de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa, 1983), artículo 101.

¹⁴⁸ Jorge Witker Velásquez, *Introducción al derecho económico séptima edición*, (México D.F., Editorial McGraw-Hill, 2008) Pág. 55

¹⁴⁹ Adam Smith, *La Riqueza de Las Naciones*, Trad. Carlos Rodríguez Braun, (Madrid: Alianza Editorial, 2015), 554.

capaz de autorregularse; planteando que el juego natural ejercido por la demanda y la oferta es suficiente para el alcance del equilibrio de la economía, tesis que a día de hoy, no ha sido posible demostrar, pues la criminalidad de cuello blanco aprovechando su capacidad económica, realiza conductas que afectan este orden, el cual desestabiliza la economía y hace necesaria la intervención del Estado para controlar los delitos económicos.¹⁵⁰

Dentro del desarrollo de las sociedades, como elemento rector del estado liberal, se enmarcó la libertad del individuo, es decir la no intervención estatal en la economía, y el libre desarrollo de estos en los procesos de producción, distribución y consumo. Ante esta situación, las grandes empresas transnacionales empiezan a realizar acciones de abuso contra la libre competencia, los consumidores e incluso contra el estado, evadiendo obligaciones de carácter administrativo, German Heller constitucionalista alemán, hace el planteamiento de crear un Estado social de Derecho intervencionista, donde ya entra a proteger grupos colectivos como los consumidores, la protección penal de los trabajadores, delitos contra el medio ambiente, entonces esta es la respuesta estatal que nace desde el Estado para salvaguardar los intereses colectivos¹⁵¹.

3.1.2 Los sistemas de compliance como instrumento de intervención estatal.

El derecho Penal económico, lo podemos entender como ese brazo interventor, del estado en la economía, regulando las conductas punibles, que pudiesen afectar no solamente a los agentes económicos como los consumidores (perspectiva clásica del derecho), sino también bienes jurídicos inmediatos como el orden económico, la administración de justicia, la confianza en el sistema financiero y la confianza en el correcto funcionamiento de los sistemas informáticos, por ejemplo, es así, que como menciona Bacigalupo, “*El derecho penal económico*

¹⁵⁰ José Miguel Saravia Dueñas, *Expansión del Derecho Penal, delincuencia y delitos contra el orden socioeconómico*, (San Salvador, Revista Derecho IV, 2020), Pág. 88.

¹⁵¹ Raúl Paniagua, *Fundamentos de la responsabilidad penal de la empresa como nuevo sujeto activo del delito*, (Sevilla, Revista Derecho, Vol. 38, 2017), Pág. 18

se define en relación con un objeto de carácter político-criminal: la prevención de la criminalidad económica”¹⁵².

Expresa Wilfried Bottke, que delito económico en sentido amplio puede ser entendido como el comportamiento delictivo de personas que en las unidades económicas de producción o distribución de bienes o prestación de otros servicios poseen posiciones que posibilitan la delincuencia en relación a estas unidades económicas y que el delito económico en sentido estricto pretende la protección de las condiciones esenciales de funcionamiento del sistema económico respectivo y eventualmente dado al legislador¹⁵³.

Desde estas dos perspectivas, la delincuencia económica lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de carácter mediato e inmediato, delimitando el rango de acción sobre el cual el estado debe actuar, y orientando esa protección a las nuevas formas de criminalidad que van surgiendo producto de las nuevas realidades económicas y sociales como la globalización y las tecnologías de la información y comunicación. Entendemos como delitos económicos, aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente, con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y por tanto ponen peligro la propia existencia y las formas de actividad del orden económico¹⁵⁴.

El derecho penal económico en sentido amplio, en este modelo, es la regulación o la intervención que hace el Estado en la economía privada, y son todas aquellas normas jurídicas que protegen el orden económico, en la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, significa esto, que el derecho penal entra a regular aquellas situaciones de orden privado, es decir, que regula las transacciones que se dan en el ámbito mercantil, en el ámbito administrativo y en el ámbito civil cuando ponen en precario el orden económico, es por ello que luego que el derecho penal regula conductas privadas se le ha denominado mercantilización

¹⁵² Enrique Bacigalupo, *Curso de Derecho Penal Económico*, (Madrid, Marcial Pons, 1998) Pág. 19

¹⁵³ Javier Contreras, *Apuntes de Derecho Penal Económico*, (Asunción, Edición ICED, 2012), Pág. 132

¹⁵⁴ Enrique Bacigalupo, *Curso de Derecho Penal Económico*, (Madrid, Marcial Pons, 1998) Pág. 23

del derecho penal, significa que algunas figuras mercantiles hay que verlas desde el punto de vista penal, esto con el objetivo de proteger penalmente el mercado buscando salvaguardar los bienes jurídicos supraindividuales, los bienes jurídicos de la colectividad, por decir un ejemplo, protección de los consumidores, además entran aquí todas aquellos delitos que se pueden llevar a cabo en la esfera mercantil, como por ejemplo, los delitos que se dan en el marco de las sociedades mercantiles, como ser delitos societarios¹⁵⁵.

La actividad interventora del estado por medio del derecho penal económico consiste en limitar el derecho absoluto a la libertad económica, entendido como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. De ahí que su ejercicio implique el hecho de que los particulares puedan ejercer su actividad industrial o comercial dentro de un sistema competitivo, sin que sean impedidos u obstaculizados, en general, por reglamentaciones o prohibiciones del Estado. Así, dentro del referido precedente se acotó que, entendida de esa forma, destacan tres dimensiones básicas en la libertad económica: i) el libre acceso al mercado; ii) el libre ejercicio de la empresa –libertad de empresa–; y iii) la libre cesación de ese ejercicio¹⁵⁶.

La existencia de regulaciones de carácter penal y administrativo que condicionan un control del ente económico, y que al mismo tiempo, limitan las actuaciones del ente privado, se encuentra naturalmente en tensión con los derechos a la libertad económica y a la libre iniciativa privada establecidos en la Constitución. Estas limitaciones, a los abusos, o lesiones de bienes jurídicos colectivos por parte de las instituciones privadas como la banca y las empresas del sector real de la economía, poseen un fundamento sólido, desde la perspectiva de la justicia, el concepto

¹⁵⁵ Raúl Paniagua, Fundamentos de la responsabilidad penal de la empresa como nuevo sujeto activo del delito, (Sevilla, Revista Derecho, Vol. 38, 2017), Pág. 18.

¹⁵⁶ Sala de lo Constitucional, *Amparo 408-2009*, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011).

de justicia social el que debe responder la normativa, el interés social como límite de la libertad económica y la función social de la propiedad privada¹⁵⁷.

En la actualidad, esos criterios tradicionales son cuestionados por nuevas instituciones jurídicas, como el derecho del compliance. Dentro del marco propio de esa concepción, la responsabilidad social de las empresas deja de ser un asunto puramente voluntario, asociado con operaciones de *marketing*. De allí que las actividades de regulación, vigilancia y control tienden a desplazarse de las esferas públicas hacia las instancias privadas de las empresas. De esa manera, el ámbito de la libertad económica queda sometido a diferentes tipos de normas, que no tienen su origen exclusivo en la función reguladora del Estado¹⁵⁸

Los sistemas de compliance, son manifestación moderna del derecho penal económico, y una clara intervención estatal; como ya se mencionó en el capítulo anterior, la Ley de prácticas corruptas en el extranjero, fue el primer ordenamiento jurídico, que establecía obligaciones de prevención de delitos y medidas formales para combatirlos, la misma realidad social y económica y la experiencia en el ámbito de combate a la criminalidad económica a nivel internacional, han reforzado la postura de que un programa de compliance eficaz, es capaz de disminuir el riesgo que corre una institución a ser utilizada como vehículo para lavar dinero.

Podemos mencionar que los sistemas de compliance, interfieren con la libertad de empresa, el estado establece algunos requisitos mínimos de la actuación regulatoria privada, estableciendo algunos aspectos procedimentales respecto de la adopción de decisiones de los entes privados, o atribuyendo a la autorregulación consecuencias jurídicas favorables o desfavorables. El sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas se relaciona con la “autorregulación regulada”, dado que la exención o atenuación de la pena a las personas jurídicas por la

¹⁵⁷ Sala de lo Constitucional, *Inconstitucionalidad 6-2020/7-2020/10-2020/11-2020*, (Corte Suprema de Justicia, 2020)

¹⁵⁸Javier Sanclemente Arciniegas, *El derecho comercial: de la regulación al compliance*, (Bogotá, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2020), Pág. 11.

adopción adecuada de compliance podría ser considerada como una consecuencia jurídica - estatal- "favorable" que fomenta la autorregulación en aras de la prevención de delitos y protección de bienes jurídico-penales¹⁵⁹.

Las personas jurídicas se ajustan al ordenamiento jurídico que les corresponde acatar, estos programas tienen por finalidad prevenir la comisión de delitos en el seno de la organización. Por ello, es claro que existe un traslado de la función preventiva que le corresponde al Estado hacia ellas. De esta manera, su éxito radica en que pueda frustrarse la posible comisión de delitos desde las personas jurídicas¹⁶⁰.

El criminal compliance, desde la óptica de este como una imposición estatal, producto del ejercicio de su dirección estatal de la economía, y límite al derecho de empresa, podemos decir que como conjunto de políticas, procedimientos e instrumentos que son utilizados para darle cumplimiento a las obligaciones establecidas por la ley contra lavado de dinero y activos y demás ordenamiento jurídico orientado a la prevención de delitos dentro de los sujetos obligados, este, consiste en una serie de cargas que el estado encomienda a este, no solamente legales sino también económicas, la implementación de los programas de cumplimiento, no son económicos y representan un freno en la actividad y libertad de acción de los sujetos obligados, ya que en ocasiones, la misma ley recomienda a los sujetos obligados, cortar relaciones comerciales con sus clientes, por el riesgo que estos representan dentro de la institución.

La idea según la cual la empresa es un ente político que debe proteger el interés general desembocó en transformaciones de su responsabilidad, y lo convirtió en un sujeto al cual se le exige socialmente un comportamiento apegado a la ley, y que como sujeto obligado, debe cumplir con las obligaciones establecidas por el marco jurídico nacional.

¹⁵⁹Rafael H. Chanjan, *Repercusiones jurídico-penales del criminal compliance. A propósito de la regulación española*, (Medellín, Revista Nuevo Foro Penal, 2020) Pág. 142

¹⁶⁰ Renzo Espinoza, *El compliance como herramienta de prevención frente a la criminalidad empresarial, una mira desde la criminología moderna*, (Lima, Revista Vox Juris, 2017) Pág. 5

Se tiene la concepción de la empresa privada, como un ente colectivo que busca el interés propio en la acumulación de ganancias y el reparto de utilidades entre sus accionistas, los sistemas de compliance buscan con la implementación de una cultura de cumplimiento cambiar ese paradigma y buscar que desde el seno de la institución sean la integridad, la honestidad y el comportamiento ético de la empresa sean considerados fundamentales dentro del actuar de la institución, y que la actividad empresarial pase también a ser de interés público. Al fallar este nuevo rol social de la empresa, traería consigo un reproche social manifestado por medio de consecuencias negativas para el sujeto obligado, la imposición de una pena para sus administradores o medidas alternativas a esta como multas de carácter administrativo.

3.1.3 El Lavado de dinero y su afectación al derecho de la libre competencia.

Los efectos socioeconómicos del lavado de activos son diversos porque a medida que el dinero que es generado por actividades criminales se lava en fondos legítimos, se usan para expandir las operaciones criminales existentes y financiar otras nuevas. Además, el lavado de dinero puede llevar a la transferencia del poder económico del mercado, el gobierno y los ciudadanos a los delincuentes, incitando así a los delitos y la corrupción¹⁶¹.

Para autores como Gómez Iniesta, es posible afirmar que el lavado de dinero lesiona determinados instrumentos de la vida económica que son considerados como bienes jurídicos de carácter supraindividual constitutivos del ordenamiento económico; así, desde el punto de vista del merecimiento de pena, el fundamento del castigo reside en la dañosidad social que dichos comportamientos ocasionan al distorsionar los indicadores y la estabilidad reales de la economía de un determinado país¹⁶².

¹⁶¹ Angela Lucia Huallata, *Lucha contra el lavado de activos en el Perú*, (Arequipa, Universidad Católica de San Pablo, 2019) Pág. 16

¹⁶² Pág. 102

La libre competencia, tal y como ha indicado Abanto Vásquez, es en sí un bien cuya protección legal es necesaria para el buen funcionamiento del sistema económico. Pero esa competencia tiene dos aspectos: el referido a la libertad de los agentes económicos durante su actuación en el mercado y el referido a la debida lealtad entre los agentes económicos al momento de competir. La importancia de la libre competencia radica en la operatividad que otorga al sistema de economía de mercado. No puede haber economía de mercado sin libre competencia. Tampoco puede existir la libertad de competencia si ésta no tiene una mínima protección legal¹⁶³.

Variadas tipologías de lavado de dinero, consistentes en técnicas de mezcla de activos lícitos con fondos contaminados, constitución de sociedades pantallas, doble facturación, o incluso la utilización de la técnica de venta de productos abajo del precio de mercado, con el objetivo de lavar las ganancias producidas por el delito, tienen consecuencias directas sobre la libre competencia.

La libre competencia, según la sala de constitucional de la honorable corte suprema de justicia, *consiste en una función de imperio del estado*¹⁶⁴, ejerciendo funciones de fiscalización por medio del derecho administrativo y castigando las conductas punibles que lesionen el normal funcionamiento de esta por medio del derecho penal económico.

No es un secreto que el dinero sucio obtenido por los lavadores de dinero, consiste en una ventaja competitiva en detrimento de los actores económicos que ejercen el comercio de manera legal, los segundos, en su actividad mercantil normal, necesitan fuentes de financiamiento lícitas como por ejemplo la banca, las empresas de leasing, las instituciones de

¹⁶³Karen Ángeles, *La protección Penal del Lavado de Dinero en el Perú*, (Lima, Grupo Derecho & Sociedad, 2000) Pág. 103.

¹⁶⁴ Sala de lo constitucional, *Sentencia 109-2016*, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019)

factoring, entre otras, recibiendo inyecciones de capital que ayudan a realizar su proceso productivo, pero adquiriendo por otro lado obligaciones financieras que tendrán que cancelar en su momento junto con comisiones financieras e intereses pactados con los entes de financiamiento, e incluso algunos comerciantes no son incluso considerados como sujetos de crédito o son financiados parcialmente por estas instituciones; las empresas e instituciones que dedican a lavar dinero, no resienten este tipo de problemas de financiamiento, ya que estos utilizan el producto sceleris, como apalancamiento financiero para cubrir los pasivos empresariales y como capital de trabajo para ampliar sus operaciones.

Estas empresas, no solamente son utilizadas como empresas pantallas, en ocasiones efectivamente son empresas productivas y que realizan transacciones lícitas, pero son utilizadas para mezclar los fondos y disimular transacciones financieras, por ejemplo solicitudes de créditos hipotecarios por cuantiosas sumas de dinero, pero que son cancelados a los pocos meses con dinero obtenido ilícitamente, de esta manera se crea un fundamento financiero del dinero obtenido por medio de los créditos.

Estas ventajas dotan de una mayor competitividad a los lavadores de dinero, ya que los márgenes de ganancias no están en la compra y venta de productos o servicios, sino en el reciclaje del dinero sucio, pudiendo de esta manera disminuir precios incluso por debajo de los costos de mercado, con el objetivo de eliminar la competencia, siendo incluso esta una práctica de abuso de posición dominante de mercado¹⁶⁵.

Es por ello por lo que el lavado de dinero, de manera directa o indirecta afecta el derecho a la libre competencia, para algunos autores como por ejemplo Carlos Arangué, este delito lesiona el bien jurídico del orden en la libre competencia¹⁶⁶, ya que pone en desventaja a los

¹⁶⁵ Asamblea Legislativa, *Ley de Competencia*, (San Salvador, Asamblea Legislativa, 2004)

¹⁶⁶ Carlos Arangué Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, (Madrid, Marcial Pons, 2000), Pág. 84

empresarios que no disponen de fuentes de financiamiento ilimitado como es el lavado de dinero y activos.

3.2 Justificación político- criminal de los sistemas de Compliance.

Como se ha venido estructurando, el delito de lavado de dinero y activos ha dado origen a instituciones a nivel internacional, que han advertido la necesidad de crear mecanismos normativos tanto de hard law como de soft law, para poder combatir los nuevos riesgos que la globalización económica ha traído consigo, estos nuevos riesgos han provocado la ya famosa expansión del Derecho Penal donde la sociedad tecnológica, crecientemente competitiva, desplaza a la marginalidad a no pocos individuos que inmediatamente son percibidos por los demás como fuente de riesgos personales y patrimoniales¹⁶⁷. estos nuevos riesgos, comprenden además un nuevo abanico de posibilidades y herramientas que los lavadores de dinero pueden utilizar para poder canalizar los recursos ilícitos en la economía formal, para poder posteriormente disfrutarlos.

Los programas de compliance son sistemas organizativos que incluyen principios, reglas, procedimientos e instrumentos orientados a asegurar el cumplimiento de la legalidad en el desarrollo de las actividades de una organización.¹⁶⁸ La actividad empresarial, en la sociedad del riesgo que mencionaba Ulrich Beck, es uno de los vehículos utilizados más frecuentemente por la criminalidad organizada, es por ello que el legislador a sabiendas de esta situación, ha delegado un tipo de autotutela organizativa, con el fin de prevenir la consecución del delito en estas organizaciones, de esta manera es el sujeto obligado quien debe establecer parámetros internos de conducta y políticas de prevención de riesgo, estableciendo sanciones internas a quienes infrinjan estas normas.

¹⁶⁷ Jesús- María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, (Madrid, Editorial Civitas,2001), Pag. 28.

¹⁶⁸ Ana María Neira Pena, *La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal*, (Política Criminal, 2016), Pág. 469, <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v11n22/art05.pdf>, visto el día veintitrés de septiembre de 2021.

El criminal compliance, o sistema de cumplimiento, comprende todas las medidas normativas, institucionales y técnicas de una organización dirigidas a sus miembros, a sus contrapartes contractuales, al Estado o al público en general, que sean objetivamente necesarias ex ante o penalmente admisibles ex post para: a) disminuir el riesgo de que la organización o sus miembros perpetren un delito económico organizacional contrario a Derecho nacional o extranjero o generen sospecha de la comisión del mismo (aspecto preventivo-material); b) mejorar las posibilidades de influenciar positivamente un proceso sancionatorio en consenso con los órganos de persecución penal, para así finalmente preservar el valor de la empresa (aspecto procesal-represivo), y; c) Evitar daños de reputación para la empresa que puedan surgir producto de la no detección a tiempo de un ilícito al interior de la organización (aspecto económico)¹⁶⁹.

La prevención del delito, a través de los sistemas de compliance implementados en las empresas responde a los modelos de prevención del delito que están constituidos por la representación abstracta de un complejo sistema de elementos heterogéneos relacionados con la conducta humana, de carácter científico, técnico y normativo¹⁷⁰. La representación conceptual y la organización de dichos elementos, afirma Edgardo Rotman, facilita el diseño de políticas coherentes que pueden permitir alcanzar el objetivo sistémico.¹⁷¹ Si bien es cierto, la ley contra lavado de dinero y activos, así como su reglamento y el instructivo de la UIF, las normas técnicas del Banco Central de Reserva (BCR), y la superintendencia del sistema financiero, por medio de sus disposiciones administrativas, fijan aquellos elementos básicos que debe poseer un sistema de compliance, cada una de las instituciones, debe adaptar estos elementos a las características particulares de su organización, por ejemplo al tamaño de esta, a los servicios que proporciona, el tipo de transacciones que realizara y los países en los cuales realiza

¹⁶⁹ Iur Francisco Javier Bedecarratz, *La indeterminación del Criminal Compliance y el principio de legalidad*, (Revista Política Criminal, 2018) Pag. 209, http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A6.pdf, visto el día 23 de septiembre de 2021.

¹⁷⁰ Braulio Espinoza Mondragón, *Política Criminal y Prevención del Delito Hoy. Una Propuesta de Modelo de Prevención para el Municipio de León, basado en la Participación Ciudadana*, (San José, Universidad Estatal a Distancia, 2007). Pág. 151.

¹⁷¹ Edgardo Rotman, *La prevención de delito*, (San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 1998), Pag. 70.

operaciones, basándose en un estudio de los riesgos a los cuales está expuesto y manteniendo una actualización constante con respecto de los cambios que la organización podría soportar.

Esta delegación de funciones de regulación interna, con el objeto de que contribuyan a la política criminal estatal a combatir a las organizaciones criminales, esto no impide que el Estado a través de las UIF, ejerzan funciones fiscalizadoras de estos sistemas de compliance, así mismo la falta de cumplimiento de las organizaciones de las obligaciones impuestas por la Ley contra lavado de dinero y activos, trae consecuencias penales a los funcionarios o empleados de la organización y consecuencias administrativas a las personas jurídicas. Esta idea, es coherente ya que constituye un objetivo político-criminalmente deseable trasladar, al menos de forma parcial, la carga de la prevención de delitos en el marco de las empresas a las propias empresas, para contrarrestar de alguna forma el enorme peso que las compañías adquieren en la vida social y económica contemporánea y las dificultades de investigación penal, especialmente en el seno de las grandes sociedades mercantiles¹⁷².

Los diferentes puntos de vista de la política criminal actual, parte de una realidad delictiva, casi idéntica en muchos países; sobre todo tratándose de países industrializados, pero también en buena parte de países en vías de desarrollo. El aumento de los delitos de lavado de dinero y activos, y el uso de sus diferentes y variadas tipologías, así como el uso de empresas como vehículo para lavar el producto de los delitos económicos se extiende a nivel regional e internacional, la creciente, división de trabajo dentro de las organizaciones, conduce, de un lado, a un debilitamiento de la efectiva asignación de responsabilidad individual; y, del otro lado, a que las entidades colectivas sean consideradas a base de diversos fundamentos, responsables, en lugar de las personas individuales, como una forma de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹⁷² Manuel Gómez Tomillo, *Compliance Penal y Política legislativa*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2016) Pág. 37

Esta colectivización de la vida económica y social sitúa al Derecho Penal ante problemas novedosos, como la aparición de nuevos delitos (delitos cibernéticos, o nuevas formas de atribución de responsabilidad). En este sentido, la sociología enseña que la agrupación crea un ambiente, un clima que facilita e incita a los autores físicos (o materiales) a cometer delitos en beneficio de la agrupación. De ahí la idea de no sancionar solamente a estos autores materiales (que pueden cambiar y ser remplazados) sino también y, sobre todo, a la agrupación misma. Por otra parte, nuevas formas de criminalidad como los delitos en los negocios (comprendidos aquellos contra el consumidor), los atentados al medio ambiente y el crimen organizado colocan a los sistemas y medios tradicionales del Derecho Penal frente a dificultades tan grandes, que resulta indispensable una nueva manera de abordar los problemas.¹⁷³

Las opciones político-criminales sobre estas formas de participación en el delito, mediante la utilización de organismos complejos, en este caso empresariales, son por un lado la creación o extensión de los supuestos de autoría mediata mediante el dominio de la organización, que en este caso sería la empresarial; y por otro la asunción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una forma de imputación penal¹⁷⁴.

Unos países agravan el ámbito de las contravenciones, pero sin salirse de la naturaleza de Derecho administrativo sancionador, y por tanto prevén para las personas jurídicas en estos casos un Derecho cuasi penal, si bien sin contemplar pena alguna, manteniendo a rajatabla el clásico principio *societas delinquere non potest*.¹⁷⁵ La responsabilidad penal de la persona jurídica es un tema muy discutido en la doctrina contemporánea, las nuevas tendencias, sobre todo en Europa, ya acepta una responsabilidad de carácter penal que le puede ser atribuida a la persona jurídica, la misma doctrina ya maneja modelos de imputación de responsabilidad

¹⁷³ Klaus Tiedemann, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, (México D.F., Anuario de Derecho Penal, 1996), Pag. 99

¹⁷⁴ Wilson Edgardo Sagastume Galán, *La participación delictiva en la criminalidad organizada*, (San Salvador, Revista Venta Jurídica, 2013) Pag. 45.

¹⁷⁵ Gunter Heine, *La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001) Pág. 49

penal con base a los elementos de la teoría del delito agregando nuevos filtros de imputación objetiva de responsabilidad.

Podemos mencionar que en El Salvador, la responsabilidad penal de la persona jurídica no se encuentra contemplada como tal y que los supuestos de imputación se dan a través de la figura del actuar por otro establecido en el Código Penal de El Salvador en su artículo 38, es decir que la responsabilidad penal, recae sobre el director o administrador o representante legal de la persona jurídica, esto en relación al artículo 15 de la ley contra lavado de dinero y activos; podemos observar que si bien es cierto nuestro ordenamiento jurídico no se permite la imposición de penas a las personas jurídicas con excepción de un supuesto contemplado en la ley especial de actos de terrorismo, en su artículo 41, para el caso de que se comprobase que los órganos de administración de una persona jurídica, colaboraron en nombre y representación de la institución en la comisión de alguno de los delitos considerados como actos de terrorismo, se le podrá aplicar la imposición de multa y la disolución de la persona jurídica, podemos afirmar entonces, que la responsabilidad penal de la persona jurídica En El Salvador, se encuentra contemplada de manera limitada.

En el Derecho administrativo sancionador, por el contrario, la responsabilidad directa de las personas jurídicas ha sido y es un principio generalmente admitido legal y jurisprudencialmente¹⁷⁶ en nuestro país las disposiciones sancionadoras administrativas resultan perfectamente aplicables a las personas jurídicas, que pueden sufrir las sanciones que se establecen en este ámbito, tanto las de tipo pecuniario como las que inciden en anteriores actos administrativos favorables (revocación o suspensión de autorizaciones u otros títulos habilitantes, cierre de establecimientos, prohibición de ejercer determinadas actividades, etc.)¹⁷⁷

¹⁷⁶ El artículo 142, inc. 3° de la ley de procedimientos administrativos, menciona que: "Cuando la eventual responsable sea una persona jurídica, el juicio de culpabilidad se hará respecto de la persona o personas físicas que hayan formado la voluntad de aquella en la concreta actuación u omisión que se pretenda sancionar. En estos casos, no se podrá sancionar por la misma infracción a dichas personas físicas", haciendo referencia a esta responsabilidad directa de las personas jurídicas.

¹⁷⁷ Blanca Lozano Cutanda, *La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo*, (, Revista de Administración Pública, 1992) 'Pag. 223

Los fines perseguidos por estos programas suponen la existencia de intereses económicos y políticos muy concretos, mismos que deben protegerse aunque con esto se establezcan frenos o límites a la intervención de las instancias públicas encargadas de investigar y sancionar los delitos cometidos.¹⁷⁸

La ley contra lavado de dinero, el reglamento de la ley, el instructivo de la Unidad de investigación financiera, desarrollan los elementos que deben de contener los programas de compliance, estos elementos están compuestos por políticas de prevención, manuales especializados en la materia de prevención de lavado de dinero, así como de otros delitos y el personal de la institución, debidamente capacitados.

3.2.1 El cumplimiento de la normativa de compliance como excluyente de la responsabilidad penal en El Salvador.

Los sujetos obligados de la ley contra lavado de dinero y activos tienen la obligación de implementar programas de compliance dentro de sus instituciones con el objetivo de prevenir el delito, estos programas se sustentan sobre la base de una cultura de cumplimiento en la cual cada uno de los intervinientes tienen establecidas funciones específicas a las cuales deben adherirse con el objetivo de prevenir el delito.

Pero en ocasiones, estos programas de cumplimiento, no son suficientes para eliminar la totalidad de las tipologías de lavado de dinero y activos, no por contener un defecto de organización, o por no cumplir con alguno de los requisitos legales establecidos en la norma, sino por el grado de complejidad del esquema de lavado de dinero, como ya se mencionó anteriormente una de las características principales del delito de lavado de dinero y activos es la profesionalización y la complejidad de métodos y técnicas que utilizan los lavadores para poder burlar los controles establecidos por los sujetos obligados.

¹⁷⁸ Manuel Vidaurri Arechiga, *Criminología y compliance*, (México D.F., Revista Ujat, 2019) Pag. 83

Tomando en cuenta que no es posible detectar todas y cada una de las operaciones sospechosas, no podemos atribuirle la responsabilidad penal al sujeto obligado por los hechos aislados que no logren detectar los controles del sujeto obligado, siempre y cuando se logre establecer que efectivamente los elementos del criminal compliance no han fallado en su implementación y su ejecución.

El cumplimiento de las obligaciones de compliance determinadas por la ley contra lavado de dinero y activos, determina el cumplimiento suficiente de los métodos de prevención del delito corresponde al mantenimiento de un riesgo permitido dentro de la actividad bancaria, no estando entonces dentro de un supuesto de responsabilidad penal dentro de los límites exigidos por el tipo, una conducta amparada por el riesgo permitido excluye la imputación al tipo objetivo. El riesgo permitido se excede cuando se omite uno de los controles o no se implementa adecuadamente de uno de los elementos de compliance, se vulnera además el principio de confianza por el cual debemos confiar que el sujeto obligado ha cumplido con las imposiciones de compliance que establece la ley.

La exigibilidad de conducta adecuada a la norma constituye un elemento imprescindible para la completa formulación del juicio de reproche que se dirige al sujeto por haber actuado contra lo que dispone el derecho, cuando la conducta esperada del sujeto obligado es acorde con la norma, este será excluido de la responsabilidad penal que se le pudiese ser atribuida en el supuesto de un caso típico de lavado de dinero, ya que ha cumplido con todas las obligaciones determinadas para mantener el riesgo permitido debido a su actividad bancaria.

Para determinar el grado exigibilidad en el ámbito de la culpabilidad, la mayoría de la doctrina se decanta por el criterio objetivo del hombre medio, este criterio se contextualiza, atendiéndose al criterio del hombre medio en la posición del sujeto. Se afirma que el Derecho Penal no puede prescindir de la contemplación del hombre medio, puesto que todo el ordenamiento punitivo

está construido sobre el nivel psíquico y moral de la mayoría de los ciudadanos¹⁷⁹, entonces podemos manifestar que no se le puede exigir a una persona una situación ajena a la que hubiesen realizado la mayoría de las personas en su posición.

Los mecanismos de exclusión de la responsabilidad penal al cumplir con la normativa de compliance, son las reguladas en la parte general del artículo 27 inciso 5 del Código Penal, el cual regula la figura de “la no exigibilidad de otra conducta”, que consiste en la realización de la conducta no constituye el tipo de injusto, junto a esta no exigibilidad objetiva, existe una no exigibilidad subjetiva o individual, que se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo¹⁸⁰.

3.3 Programas de cumplimiento ad intra- ad extra.

La implementación de los programas de cumplimiento normativo, o compliance, pueden variar dependiendo la instituciones y sus propias características, esto depende de la organización administrativa que el sujeto obligado posee, la ley establece obligaciones generales a las cuales las instituciones deben adaptarse, dentro de las clasificaciones más importantes de los compliance program, podemos distinguir los programas de compliance *ad intra* (al interior) y *ad extra* (al exterior), dependiendo hacia donde será dirigida la política de prevención y los elementos que lo integrarán.

Los riesgos que asumen las personas jurídicas exceden de su ámbito de actuación y de los riesgos propios del mercado o de la actividad mercantil. Claramente, existe un riesgo legal derivado de la incursión en cualquiera de los comportamientos que se pueden dar en el contexto societario y que, incluso, excede de todos los aquí analizados. En todo caso, existe una

¹⁷⁹ Teresa Aguado Correa, *Principio de inexigibilidad de otra conducta en las categorías del delito*, (San José, Revista digital de la maestría en ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, 2011), Pág. 32

¹⁸⁰

probabilidad de que se cometan delitos contra la empresa¹⁸¹, estos riesgos son potenciados por el giro sumamente riesgoso al que pertenecen las instituciones bancarias.

Los programas de cumplimiento ad intra, son políticas de cumplimiento normativo que van dirigidos al interior del sujeto obligado, estos tienen su objeto sobre los representantes legales, los empleados, los accionistas y están orientados al cumplimiento ético de la organización. Los programas de cumplimiento ad intra, constituyen una evaluación de los factores de riesgo interno y están enfocados en la prevención de delitos dentro de la institución.

Los programas de cumplimiento ad extra, es una modalidad más compleja de compliance, pues se compone de dos dimensiones. La primera se configura por el diseño de un programa de cumplimiento al interior de la organización, pero construido con “vasos comunicantes” hacia afuera de la organización. Estos vasos comunicantes sirven para enlazar una organización con otra, de tal forma que el sistema de compliance está diseñado para prevenir el delito en el marco de un conjunto de organizaciones que tienen vínculos entre sí.¹⁸²

El aseguramiento del cumplimiento normativo de los socios comerciales, proveedores, distribuidores, filiales, subsidiarias, sucursales etc. Y de todas las empresas externas que están relacionadas al esquema productivo de la empresa y también a su estructura de cumplimiento y fidelidad al Derecho.¹⁸³ Esta interacción entre las entidades bancarias y los usuarios, así como entre las mismas entidades bancarias, es parte de su actividad financiera y es aquí donde recae su mayor riesgo en las actividades activas y pasivas que realizan; se basan en la protección de amenazas externas, y para prevenir la utilización del sujeto obligado como vehículo o herramienta de lavado de dinero.

¹⁸¹ Luis Felipe Henao Cardona, *Compliance: prevención de la corrupción pública y privada*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020) Pag. 126

¹⁸² Miguel Ontiveros Alonso, *Manual básico para la elaboración de un criminal compliance program*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018), Pág. 17

¹⁸³ Miguel Ontiveros Alonso, *GPS compliance*, (México, Tirant Lo Blanch, 2020), Pag. 36

La implementación de un criminal compliance program ad extra, se traducirá en un blindaje jurídico para la organización. Así, esta deberá omitir la vinculación con cualquier otro ente colectivo que esté implicado en la comisión de un delito, mientras que al mismo tiempo se encargará de establecer controles a la cadena de suministros, evitando probables hechos delictivos cometidos por proveedores¹⁸⁴.

Existen dos grandes modelos de programas de cumplimiento. El primero de ellos previene a partir de desarrollar un clima de respeto a la legalidad y valores éticos en la empresa a través de la formación. Este tipo de programas orientado a los valores dispone también de medidas de control, pero estas son procedimientos usuales dentro de toda empresa como medidas contables, de selección de proveedores, de personal, control del flujo de efectivo, due diligence, etc., elemento central de un programa de cumplimiento orientado a los valores es el código ético¹⁸⁵. El segundo modelo de programa de cumplimiento o debido control se basaría en la vigilancia se apostaría por medidas de control, como la implementación de due diligence a cada uno de los empleados que ingresen a la institución, el monitoreo de redes sociales para comprobar los estados de vida de estos y su capacidad económicas, rendición de cuentas de las obligaciones que se le han impuesto, en el marco de la prevención del delito de lavado de dinero y activos, registro de las llamadas telefónicas, accesos a internet y recursos institucionales.

Aunque idealmente sería mejor abordar un programa de compliance más enfocado a los valores éticos que a medidas más represivas, en la práctica se hace una mezcla de ambos, la misma ley contra lavado de dinero nos menciona que las instituciones financieras deben poseer código de ética dentro de las organizaciones, y por otro lado en el instructivo de la UIF, se establece

¹⁸⁴ Miguel Ontiveros Alonso, *Manual básico para la elaboración de un criminal compliance program*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018), Pág. 17

¹⁸⁵ Adán Nieto Martín, *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal*, (Suiza, Anuario de Derecho Penal, 2013-2014), Pag. 183

que estas mismas instituciones deben tener sanciones internas para los empleados que incumplan estas normas de conducta.

De aquí en adelante se desarrollarán esos elementos esenciales, de los cuales deben disponer los sujetos obligados de la ley contra lavado de dinero y activos, sin perjuicio de que cada una de las instituciones adopte o implemente procedimientos extras para el cumplimiento de las disposiciones establecidas en las leyes nacionales y los convenios internacionales en materia de prevención de lavado de dinero y activos.

3.4 El Análisis de Riesgo del sujeto obligado.

El artículo 16 del Convenio centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y activos, relacionado con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos establece que para protegerse y detectar los delitos previstos en el artículo 2 de este Convenio¹⁸⁶, las entidades de intermediación financiera y las que realicen actividades financieras, a que se refiere el Artículo 10¹⁸⁷ de este Convenio, deberán adoptar, desarrollar y ejecutar programas, normas, procedimientos y controles internos.

Estos controles internos como ya se mencionó *supra*, y los cuales son implementados con el objetivo de disminuir el riesgo mínimo permitido que tenga la institución bancaria, producto este riesgo de su actividad financiera, y con los cuales se busca que las acciones u operaciones de los integrantes de la organización no superen ese riesgo.

La teoría de la imputación objetiva, establece que la creación de un riesgo no permitido, acaece cuando se realiza una conducta que se encuentra fuera de la permisión del ordenamiento

¹⁸⁶ El artículo 2 del Convenio centroamericano, hace referencia los delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de droga y delitos conexos, pero que puede utilizarse para cualquier tipo de delito generador de ganancias ilícitas.

¹⁸⁷ El artículo 10 del Convenio hace referencia a las instituciones y actividades financieras, siendo estas pasivas o activas.

jurídico de la *lex artis* o de la evaluación histórica de la actividad riesgosa¹⁸⁸, misma (la creación del riesgo no permitido) que se excluye cuando existe disminución de riesgos, por falta de la creación de un peligro, por la existencia de cursos causales hipotéticos o cuando simplemente el riesgo sí está permitido¹⁸⁹, podemos observar verbigracia de esto, el momento en el que el sujeto obligado, no cumple con las obligaciones impuestas por la ley contra lavado de dinero, cuando no se identifica fehacientemente a los clientes y no se llevan los registros de la forma adecuada, tal como lo exige el ordenamiento jurídico especial.

En los delitos de riesgo o de peligro aparecen en Derecho positivo como fórmulas técnicas que pretenden adelantar la protección e intervención del Derecho Penal al estadio de creación de una posibilidad de daño de bienes jurídicos de especial importancia, peligro que a su vez se asienta en una prognosis basada en la experiencia y que dependiendo de la gravedad del riesgo, que esa experiencia enseñe, se estructuran con una cercanía más o menos próxima a la gravedad del efecto, y así se diferencia, por parte de la ciencia penal, entre el peligro abstracto o conceptual y el peligro inminente, efectivo o concreto¹⁹⁰,

Podemos mencionar, como parte de esa experiencia previa, los indicadores de riesgo que las instituciones obligadas recaban al hacer un estudio de los riesgos a los cuales están expuestos, por otro lado, el GAFI, realiza recopilaciones previas de tipologías que son utilizadas por los delincuentes, es de esa manera que no es necesario que el delincuente, complete y finalice las 3 etapas del delito de lavado de dinero y activos, ya que nos encontramos frente a un delito de peligro abstracto y basta *“la puesta en peligro, del o de los bienes jurídicos se produce y se consume, cuando el sujeto activo, con el propósito de legitimar, sabe y voluntariamente adquiere, posee o utiliza fondos, bienes o derechos que provienen de actividades delictivas”*¹⁹¹.

¹⁸⁸ Alonso Ontiveros, *Derecho Penal. Parte general*, (México, Editorial Ubijus, 2017), Pag. 206

¹⁸⁹ Claus Roxin, *La imputación Objetiva en Derecho Penal*, (Lima, Editorial Grijley 2010), Pag. 85

¹⁹⁰ Luis Arroyo Zapatero, *Critica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, (Castilla- La mancha, Colección Estudios, 2003) Pag. 242.

¹⁹¹ Sala de lo Penal, *Sentencia 222C-2013*, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2014)

Es importante pues, que como ya menciona la recomendación 1 del GAFI, que los sujetos obligados, evalúen estos riesgos a los cuales están expuestos, y establezcan los parámetros necesarios de prevención en sus sistemas de compliance, mediante la utilización de matrices de riesgo, políticas de prevención y sanciones internas.

Este componente constituye el corazón de todo programa de prevención y gestión de riesgos penales, puesto que los controles a implantarse solo resultarán idóneos para reducir significativamente la posibilidad de comisión de delitos si es que los riesgos inherentes a las actividades que realiza la empresa han sido correctamente identificados y valorados¹⁹². El acometimiento satisfactorio de esta labor exige un adecuado nivel de conocimiento de la organización empresarial en su conjunto, que abarque su configuración societaria, estructura orgánica, unidades de negocio, principales actividades, zonas geográficas de actuación, perfil de clientes, proveedores, socios comerciales, marco regulatorio, relacionamiento con el sector público, entre otros aspectos e información de la empresa, a los que se accede a través de cuestionarios de riesgos y entrevistas con personal de la organización.¹⁹³

Los programas de cumplimiento deben ajustarse al objeto social y al sector de la producción en el que lleve a cabo su actividad, previendo los delitos que se puedan cometer en base al tipo de negocio. Para ello debe, en primer lugar, analizar la actividad o plurales actividades que realiza ordinaria y extraordinariamente y ponerlas en relación con los delitos en que, con alta probabilidad, puede incurrir al desarrollarla. Por lo que el Plan de Actuación para la Neutralización de Riesgos Penales propios de la actividad de la sociedad habrá de ser ad hoc.¹⁹⁴ Los empleados de la institución deben conocer estos riesgos asociados y las normas de mitigación de riesgos que establece la institución financiera.

¹⁹² José Antonio Caro John, *Tratado angloamericano sobre compliance penal*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2021) Pag. 715

¹⁹³ Véase Montaner Fernandez, (2015: Pág. 104), anotando que para la medición de variables que definen los riesgos resulta conveniente atender a criterios de auditoría.

¹⁹⁴ Raúl Sanz Carrasco, *Los programas de cumplimiento normativo y la prevención del delito*, (Madrid, Universidad de Alcalá, 2018) Pág. 44

La elaboración de matrices de riesgo de cada una de las áreas que integran las instituciones financieras son herramientas comúnmente utilizadas para evaluar el daño o la probabilidad del impacto de una conducta no permitida, como podría ser la omisión de los documentos personales del usuario o la falla técnica en las herramientas informáticas de control de operaciones sospechosos, y cualquier otra situación a la que podría verse expuesta la institución bancaria.

3.5 El oficial de cumplimiento.

La figura del oficial de cumplimiento dentro de las instituciones bancarias es una figura de especial relevancia, este es el encargado de implementar, supervisar, evaluar y ejecutar los sistemas de compliance dentro de la institución y es el responsable de la dirección de la oficialía de cumplimiento de la institución bancaria. Podemos mencionar, además, que es la persona integrada en la organización que asume la responsabilidad de dirigir la función de Compliance, desarrollando las tareas de ésta por sí mismo o por terceros, pudiendo estos últimos ser internos o externos de la organización¹⁹⁵. En las demás instituciones, que no sean supervisadas por ninguna institución oficial por ejemplo las empresas del sector real, estarán exentos de nombrar al oficial de cumplimiento, pero podrán nombrar a otra persona encargada de implementar y supervisar sus políticas y procedimientos en prevención de lavado de dinero y activos, tal como lo menciono el artículo 2 inciso final de la Ley contra lavado de dinero y activos.

El artículo 14 de la ley contra lavado de dinero y activos, menciona que los sujetos obligados deben establecer una oficialía de cumplimiento, a cargo de un oficial de cumplimiento, este mismo artículo, en su inciso 4, menciona que tanto la estructura, como el funcionamiento de la oficialía de cumplimiento, serán desarrolladas por el reglamento de la ley contra lavado de dinero y activos, lo cual no es así, ya que a pesar que el reglamento, desarrolla de manera más amplia las obligaciones de los sujetos obligados en relación a los artículos 9 y 9-A, 9-B, 10 y 11

¹⁹⁵ Rafael Carrau Criado, *Compliance para PYMES*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2016) Pág. 4

de la ley, no especifica que estas sean dirigidas de manera expresa por la oficialía de cumplimiento; es entonces que el instructivo de la Unidad de investigación financiera en adelante “el instructivo de la UIF”, desarrolla la figura del oficial de cumplimiento, y el de la oficina de cumplimiento, en su capítulo VIII, podemos entender entonces que existe una contradicción entre lo dispuesto en la ley contra lavado de dinero y activos, y el reglamento de esta, ya que el mandato del desarrollo de la oficialía de cumplimiento es incumplido y desarrollado por el instructivo de la UIF, lo cual constituye un exceso del reglamento ya que la Ley no otorgó tal facultad y por tanto cualquier regulación que sobre el caso haya hecho un instructivo resulta ilegal al igual que su aplicación.¹⁹⁶

El artículo 3 del instructivo de la UIF, establece que el registro de los sujetos obligados debe ser sin excepción mediante la plataforma diseñada por la Unidad de investigación financiera, y que debe mantenerse la información proporcionada actualizada; siempre que existan cambios en las personas registradas o en la información cargada, debe actualizarse cuando menos 15 días hábiles después de realizado el cambio.

El instructivo menciona que la oficialía de cumplimiento será dirigida por el oficial de cumplimiento, y esta se adaptará a la necesidad que presente la institución, es decir que el número de integrantes será acorde a la magnitud de las operaciones y a la complejidad de sus procesos organizacionales.

3.5.1 Requisitos del oficial y la oficialía de cumplimiento.

a) Nombramiento

El oficial de cumplimiento de acuerdo los principales aspectos a los que debe atenderse al diseñar, implementar y poner en marcha los componentes esenciales del programa de

¹⁹⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, *Sentencia 21-2005*, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005).

prevención y gestión de riesgos penales, interesan destacar que el ejercicio adecuado de la función de oficial de cumplimiento requiere autonomía e independencia de la administración, debiendo contar con acceso directo al máximo órgano de gobierno de la persona jurídica y ser éste el que lo designe.

Este nombramiento según las normas técnicas para la gestión de los riesgos de lavado de dinero y activos y de financiamiento al terrorismo, del banco central de reserva, en su artículo 5 relativo a las funciones de la junta directiva u órgano de dirección, establece en su literal “c”, que debe nombrar al oficial de cumplimiento de la entidad, este nombramiento comúnmente se realiza dentro de las juntas generales que realizan estos órganos de dirección.

El instructivo de la UIF, amplía lo concerniente al nombramiento del oficial de cumplimiento y en su artículo 15 inciso 2°, y menciona que este nombramiento debe ser informado a la UIF, este informe debe ir acompañado con una copia legalizada del acuerdo de acta, además debe informarse cualquier cambio que se realice de la persona nombrada, en un plazo no mayor de quince días y especificando las razones que dieron motivo del cambio.

El instructivo requiere, que tanto el nombramiento como la sustitución queden asentada en un acta de junta de la junta directiva, a la que se refiere el artículo 90 del Código de comercio vigente de El Salvador.

b) Certificación ratificada por la Fiscalía General de la República.

En países, como México, la certificación de los oficiales de cumplimiento es realizado por instituciones de educación o especialistas en la materia, las cuales imparten cursos de certificación a quienes estén interesados en especializar sus conocimientos, a estos se les

realiza un examen teórico práctico realizado por el gobierno mexicano a través de la secretaria de hacienda y crédito público.¹⁹⁷

En nuestro país no se cuenta con una certificación como tal, más bien la certificación que entrega la Unidad de investigación financiera, al verificar que el sujeto obligado ha completado el proceso de inscripción en su base de datos, y comprobar los atestados de preparación profesional, solicitados por la ley contra lavado de dinero y activos y el instructivo de la UIF, otorga la acreditación al oficial de cumplimiento y al sujeto obligado se le asigna un NUIF o número único de identificación financiera.

En el caso que el oficial de cumplimiento sea removido de su cargo, o sea sustituido por alguna razón en específica, este cambio debe notificarse a la fiscalía general de La República, además de cargar nuevamente la información de este en la plataforma de este y que le sea modificado su registro.

c) Ostentar un cargo gerencial

La necesidad de que el oficial de cumplimiento ostente un cargo en la alta administración de las entidades bancarias, es resaltado, tanto por la ley contra lavado de dinero, así como por el instructivo de la UIF, esto va asociado a la necesidad de que las directrices que el oficial de cumplimiento establezca, sean cumplidas por toda la organización, y sean emanadas de una figura de autoridad dentro de las instituciones bancarias.

Las instituciones bancarias, en nuestro país, dan cumplimiento a esta disposición, creando dentro de sus estructuras organizacionales, las gerencias de cumplimiento, dentro de las cuales

¹⁹⁷ Secretaria de hacienda y crédito público, Convocatoria para la <https://www.cnbv.gob.mx/Normatividad/Convocatoria%20para%20la%20certificaci%C3%B3n%20en%20materia%20de%20prevenci%C3%B3n%20de%20operaciones%20con%20recursos%20de%20procedencia%20il%C3%ADcita%20y.pdf>, visto el día 5 de octubre de 2021.

se encuentran la oficialía de cumplimiento, las instituciones bancarias, publican abiertamente los esquemas organizacionales de sus empresas, para que los usuarios, como la superintendencia del sistema financiero, conozca los miembros de su alta gerencia.

d) Habilidades y conocimientos sobre aspectos jurídicos, negocios y controles internos.

La ley requiere además como requisito una preparación previa de 2 años sobre las materia de prevención de lavado de dinero y activos, dicha preparación no se especifica si debe ser acreditada como experiencia profesional o solamente con conocimientos teóricos sobre prevención, pero se considera que lo ideal sería que el profesional, poseyera una capacidad practica en la materia, así como en la utilización de las diferentes herramientas técnicas que son utilizadas en las instituciones financieras para la detección de operaciones sospechosas, así como de los conocimientos necesarios sobre el rubro del sujeto obligado en este caso del sector financiero.

El requisito de contar con un grado académico a nivel universitario se intuye que funciona como un atestado más a reforzar los conocimientos prácticos y científicos que debe tener el oficial de cumplimiento, la preparación constante es además necesaria para esta función.

Podemos concluir que el Oficial de Cumplimiento no solo debe desarrollar su función desde la excelencia y el conocimiento de la empresa, de la norma y su gestión por sí mismo, o con apoyo de expertos o equipos externos según las características de la persona jurídica en la que desarrolla sus funciones, el responsable del Órgano de Cumplimiento será quien deba desarrollar, apoyado por los profesionales que sean necesarios en cada caso, el modelo de cumplimiento corporativo más adecuado para la compañía, e implementarlo, revisarlo y actualizarlo, para que no pierda su eficacia¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Nicolás Rodríguez- García, *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, (Valencia, Tirant lo Blanch,2021), Pág. 422

3.5.2 Características del oficial de cumplimiento.

a) Independencia

La independencia del oficial de cumplimiento determina en gran medida la efectividad de un modelo de compliance. En consecuencia, al diseñar e implementar un programa de este tipo se ha de procurar que el oficial de cumplimiento no pueda verse influenciado, guiado o controlado por otros, siendo capaz de extender el alcance de las medidas de prevención a todos los niveles y departamentos de la empresa, para lo cual habrá de contar con recursos suficientes que le permitan desarrollar adecuadamente su labor.¹⁹⁹

La independencia determina, además, la satisfacción de otras características relevantes que la labor de cumplimiento debe revestir, como son la libertad, la imparcialidad y la autonomía. La primera de ellas trae como consecuencia que el oficial de cumplimiento ha de estar en condiciones de iniciar una investigación sin que sea necesaria una denuncia previa. Por otra parte, la imparcialidad implica que el oficial de cumplimiento actúe de forma ecuánime, sin verse afectado por la simpatía o antipatía que le pueda generar alguna persona o grupo²⁰⁰

El artículo 14 en su inciso tercero, resalta las características de independencia y la facultad de tomar decisiones en las actividades relacionadas a su función, la independencia resulta fundamental dentro de las funciones del oficial de cumplimiento, ya que una oficialía de cumplimiento, que se encuentre sometida por la manipulación de otro funcionario, vería, su función de fiscalización contaminada, ya que, dentro de las funciones que compete a la oficialía de cumplimiento es reportar todo tipo de conductas sospechosas que pudiese estar realizando cualquier persona, dentro de la organización,

¹⁹⁹ Antonio Alarcón Garrido, *Manual teórico práctico del compliance Officer*, (Madrid, Editorial Sepin, 2016) Pag. 86

²⁰⁰ Angela Toso Milos, *El oficial de cumplimiento en el marco de un modelo integrado de compliance en las sociedades anónimas*, (Guayacán, Revista Universidad Católica del Norte, 2021), Pag. 19

b) Estabilidad.

La estabilidad en el cargo, es una característica muy importante dentro del perfil del oficial de cumplimiento; por razón de su cargo, que puede interpretarse como nexo entre la institución y la fiscalía general de La República, en los casos, en los cuales la empresa solamente ha implementado el sistema de compliance como un mero requisito, pero no se ha deseado implementar una cultura de cumplimiento, puede que algunas de las decisiones de la oficialía de cumplimiento presidida por el oficial de cumplimiento, molesten a la administración de la institución, verbigracia de esto, la prohibición que establece el instructivo de la Unidad de investigación financiera, en sus normas particulares del artículo 8 del mismo, en la que se establece la prohibición de efectuar transacciones con clientes que no proporcionen la documentación e información necesaria para su debida identificación.

En ocasiones estas decisiones podrían resultar incómodas para algunas áreas de la administración de la sociedad, lo que podría resultar en un despido arbitrario del encargado de cumplimiento ya acreditado por la fiscalía general de La República; se debe entender que el compliance officer, a pesar de puede ser empleado de la organización de carácter permanente, es un delegado de la función de fiscalización que tiene el estado, al cual se le ha delegado esta función.

3.5.3 Posición de garante del oficial de cumplimiento.

La cultura de cumplimiento, es una política institucional, en la cual, se busca que los empleados, tengan una postura con base a principios éticos y de cumplimiento de las leyes, esta cultura de cumplimiento, es una de las principales armas que las instituciones bancarias utilizan, ya que al tener un recurso humano comprometido con el cumplimiento de las reglas y políticas de respeto a las leyes contra lavado de dinero y activos y a toda la legislación aplicable a la empresa, resulta beneficioso para la prevención de delitos, podemos mencionar entonces en

ese orden de ideas que si las compañías operan de forma ética y legal bajo una cultura donde no se toleren las prácticas irregulares, será más fácil determinar la responsabilidad individual, al momento de cometerse una mala praxis institucional, que pueda elevar el riesgo de un ilícito o advertir una conducta sospechosa por parte de los funcionarios bancarios.

Como se comentó supra en un capítulo anterior, la responsabilidad penal de la persona jurídica, se encuentra bajo una figura de heterorresponsabilidad contempla bajo la figura del actuar por otro²⁰¹ contemplada en el artículo 38 del Código Penal, y el cual consiste en que si una persona, quien tuviera la calidad especial de ser administrativo, o administrador de una persona jurídica, utilizare a esta, como un medio o instrumento para la comisión de un delito, responderá personalmente del hechos cometido, al referirnos a la calidad de administrativo, o hacer mención de que el sujeto, actúe en nombre o representación de otro en este caso de la persona jurídica.

Los delitos de omisión regulados en nuestro código penal en su artículo 19, y los cuales se dividen en propios e impropios llamados también de comisión por omisión, estos nos lo definen el artículo 20 del mismo cuerpo legal que nos dice que: el que omite impedir un resultado, responderá como si lo hubiera producido, si tiene el deber jurídico de obrar y su omisión se considerará equivalente a la producción de dicho resultado. Podemos mencionar que en el delito de encubrimiento culposo regulado en el artículo 8 de la ley contra lavado de dinero y activos, nos encontramos frente a un delito de comisión por omisión, debido a que los sujetos establecidos en el artículo 7 de la misma ley poseen ese deber jurídico de obrar encomendado por el mismo tipo penal del artículo 7.

²⁰¹ La Sala de lo Penal, considera atinente, el mencionar que la razón que llevó a los legisladores a incorporar la figura jurídica del "Actuar por Otro" en el Código Penal, fue eliminar los espacios de impunidad en los que el actuante bajo el cobijo de la gestión ajena cometía o participaba en un hecho delictivo (Dependiendo del rol que le correspondería al suplido en el evento criminal), que no le era reprochable penalmente por haber cometido el acto en nombre de otro, *bid.* Sala de lo Penal, *Casación 22CAS2015*, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

El deber jurídico de obrar se corresponde al encargado de tener una posición de garante dentro del sujeto obligado, en este caso el director o el administrador, atendiendo a los criterios de imputación establecidos en el artículo 15 de la ley contra lavado de dinero y activos quien tiene por ley la obligación de cuidado y vigilancia, esta al omitir alguna de las obligaciones establecidas en la ley contra lavado de dinero y activos incrementa el riesgo y por ende asume la responsabilidad del resultado producido por la omisión del deber de cuidado, como si hubiese realizado la conducta.

La ley contra lavado de dinero y activos, si bien es cierto establece la figura del oficial de cumplimiento, no encarga a este el deber de vigilancia o de protección de la institución, si no más bien le establece funciones operativas sobre los demás elementos del sistema de compliance, la figura del encubrimiento culposo no puede ser imputada al oficial de cumplimiento debido a que la misma descripción típica del artículo no hace mención de esta figura, ni se le hace referencia dentro de la figura del actuar por otro como responsable por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley contra lavado de dinero y activos, las omisiones de este no encajan con la descripción del tipo.

El incremento del riesgo se origina cuando el oficial de cumplimiento realiza la conducta descrita en el delito de encubrimiento culposo, por ejemplo, este incremento del riesgo que supera el riesgo permitido entendido como aquel margen de error que pudiesen tener los sistemas de monitoreo de operaciones sospechosas, estaríamos ante una causalidad hipotética al pretender atribuirle la realización del resultado a la conducta de omisión en detrimento del riesgo jurídicamente permitido establecido, pero este planteamiento no sería alcanzable al oficial de cumplimiento debido, ya que dentro del ámbito de protección de la norma solamente se encuentran la conducta del directivo.

La Sala de lo penal nos dice que la posición de garante nace, cuando se deriva a partir de deberes de tipo jurídico, la doctrina señala que ésta se deriva de dos tipos de situaciones: cuando la persona tiene el deber de proteger los bienes jurídicos frente a los riesgos que puedan

afectarlos, y cuando la persona tiene el deber de proteger determinadas fuentes de riesgo²⁰², entonces *la comisión por omisión es un amplificador del tipo penal, pero no es ilimitado, no todos los delitos, admiten ser realizados en comisión por omisión, para ello, es necesario, que sea factible la inversión del mecanismo, es decir, provocar un resultado, mediante no realizar una acción esperada, teniéndose posición de garante respecto del bien jurídico objeto de protección*²⁰³. Es decir que para que el oficial de cumplimiento pueda realizar la conducta descrita en el artículo 8 de la ley contra lavado de dinero y activos, es necesario que este contase con una posición de garante frente al sujeto obligado.

Silva Sánchez, menciona que para considerar la omisión de vigilancia en el ámbito de omisión de deberes de organización, si el superior retuvo la competencia de controlar directamente el riesgo que generó el resultado, entonces su omisión de vigilancia —y de corrección directa o indirecta a través de órdenes— puede dar lugar a una autoría en comisión por omisión.²⁰⁴

Debemos definir que la omisión del deber de vigilancia no es punible en sí misma. En este sentido, solo es posible aplicar una pena al vigilante si, además de haber omitido dicho deber, el vigilado inicia la ejecución del delito —si se trata de un delito doloso— o lo llega a consumar —si se trata de un delito imprudente—. La sanción al superior por omitir su deber de vigilancia está marcada, pues, por su carácter accesorio²⁰⁵

Podemos afirmar entonces que el delito de lavado de dinero y activos puede ser cometido por medio de comisión por omisión, por parte de los administradores de la institución, al no realizar las acciones o medidas necesarias, que por su deber de vigilancia y protección del bien jurídico

²⁰² Sala de lo Penal, 10- C-2013, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013)

²⁰³ Cámara primera de lo Penal, INC-APEL-141-SD-2018, (San Salvador, Corte Suprema de justicia, 2018)

²⁰⁴ Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, (Madrid, Editorial IB de F,2013), Pág. 178

²⁰⁵ Jesús María Silva Sánchez, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, (Madrid, Editorial IB de F,2013), Pág. 175

la ley les ha impuesto tomando en consideración lo dispuesto en los artículos 19, 20 y 38 del Código Penal, en relación con el artículo 15 de la LCLDA.

El oficial de cumplimiento solamente posee un deber de vigilancia que no asume directamente el mandato legal de impedir o evitar la comisión del delito de lavado de dinero y activos, esta calidad solamente podría ser atribuida al determinarse una posición de garante respecto de este si se configurara un tipo penal que lo describiese, dado que en nuestra legislación vigente no existe este tipo penal nos encontramos frente a un hecho atípico.

Apelando al derecho comparado, podemos observar que en otras legislaciones la figura del oficial de cumplimiento posee tipos penales en los cuales el incumplimiento al deber de vigilancia configura una conducta típica del oficial de cumplimiento.

a) Alemania

Para el caso de Alemania, la mayoría de la doctrina es partidaria de optar por la figura de la participación más que por la autoría para el Compliance officer, por cuanto su actuación siempre lo será como control de una fuente de peligro procedente de un tercero y no de protección directa de un bien jurídico, por lo tanto se descarta la tipificación de conductas derivadas de una posición de garante del oficial de cumplimiento.

b) Paraguay

En Paraguay las leyes 17835 y 18494, establecen la obligación de la Institución financiera a la cual pertenezca el Oficial de Cumplimiento, de reportar las operaciones y actividades sospechosas, inusuales, sin justificación económica o legal evidente, inusitadamente complejas e injustificadas. El Reporte debe efectuarse ante la UIAF. El incumplimiento de tal obligación solo acarrea sanciones de carácter administrativo para la Institución, sin perjuicio de lo dispuesto por el inciso 3º de la ley 17016. Lo anterior, hace que el Oficial de Cumplimiento

cumpla una función que se podría asimilar a la del garante dentro de la Institución financiera, pues por su importancia en el sistema de combate al Lavado de Activos tiene obligación de prevenir el resultado delictivo, y por lo tanto podría ser responsabilizado por delito²⁰⁶.

c) España

En la legislación española El artículo 31 bis⁴⁸ de la LO, establece la responsabilidad de la empresa así como también las atenuantes de esta. En cuanto a la responsabilidad, establece que las personas jurídicas serán responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de estas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores Si bien una parte de la doctrina justifica la posición de garantía del OC por medio de la delegación de funciones del empresario al OC, otra parte mayoritaria, basándose en el artículo 31 bis (4) no llega a la misma conclusión. Por el contrario, cree que el OC no asume una posición de garantía de vigilancia derivada del ámbito de competencia del empresario, ni tampoco es el responsable de los riesgos penales para terceros, sino que su tarea se circunscribe simplemente a que concurra la situación óptima para el cumplimiento y reportar todas las actividades a la administración²⁰⁷.

d) Perú

En el Perú, bajo la entrada en vigor de DL 1106, publicado el 19 de abril de 2012, y que reformo la Ley penal contra el lavado de dinero y activos (LPLA), con esta se tipificó el delito de omisión de comunicación de operaciones y transacciones sospechosas, en su artículo 5, que regula que *“El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor*

²⁰⁶Nicolas Pereyra, *la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento*, (Montevideo, Revista Derecho, 2011), Pág. 52

²⁰⁷Raquel, Fernández Montaner, *El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones*, (Barcelona, Revista Estudios Penales y Criminológicos, 2015) Pág. 760

de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal, en relación con el artículo 5° del DL 1106, nos encontramos ante un delito de infracción del deber en la medida que el propio tipo penal establece como condición para la comisión del delito el incumplimiento de obligaciones funcionales o profesionales.

La normatividad extrapenal establece un único curso o canal para la comunicación de una operación o transacción sospechosa a la Unidad de Inteligencia Financiera (en adelante UIF) y este es el oficial de cumplimiento. El artículo 17° de la Resolución SBS N° 838-2008 establece que el oficial de cumplimiento es el único que puede calificar una operación como sospechosa y comunicarla a la UIF²⁰⁸

3.6 El Manual de Políticas y procedimientos de prevención de lavado de dinero y el código de ética.

La protocolización, es la estandarización de los procesos de un documento (guía, políticas, directrices o manuales, por ejemplo), que establezca los pasos a seguir para el debido control de los riesgos penales. Para que el proceso de la protocolización sea eficaz, debe surgir de la propia organización, de tal manera que formalice el proceso de conocimiento gestado al interior del ente colectivo, a través de las manifestaciones hechas por sus miembros²⁰⁹.

La documentación de las políticas y procedimientos institucionales para la prevención de riesgos es de vital importancia para las instituciones, en estos documentos es donde se documenta, los procesos a seguir por cada área interviniente en el sistema de compliance, y en ellos se asigna y delegan las funciones de cumplimiento, y con base a la cual se podrá asignar

²⁰⁸ José Antonio Caro John, *Sobre el deber de informar a la Unidad de Inteligencia Financiera de determinadas operaciones sospechosas*, (Lima, Ara Editores, 2011), p. 173.

²⁰⁹ Miguel Ontiveros Alonso, *Manual básico para la elaboración de un criminal compliance program*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2018), Pág. 40

responsabilidad penal en los casos de negligencia, impericia o ignorancia inexcusable; las políticas de prevención de lavado de dinero, constituyen el corazón del sistema de cumplimiento.

Los manuales de cumplimiento, si bien es cierto, contienen un lenguaje asociado a la *lex artis* de las instituciones, y en las cuales trabajan profesionales no solo del Derecho sino también economistas, contadores y otros que intervienen en las actividades bancarias, es necesario que sea redactado de una manera en la cual sea entendible y accesible a todos los empleados de la institución.

No sería eficaz un manual de cumplimiento, que, por razones de su lenguaje excesivamente técnico, no fuera de comprensión para los cajeros de los bancos o los ejecutivos bancarios, si debido a ello no pudiesen aplicar todos los controles establecidos en el manual de prevención. Podemos mencionar, además, que las grandes instituciones bancarias, no son sociedades nacionales, en su mayoría son empresas transnacionales que poseen políticas institucionales internacionales y de esta manera solamente importan, estos manuales de un país a otro, sin atender la diferencia en las legislaciones.

El Manual de compliance también deberá hacer referencia a las herramientas empleadas con tal fin, como pueden ser los códigos éticos o los canales de denuncia. El manual se archivará en un sistema documental que recopile el mapa de riesgos, cualquier herramienta empleada, como puede ser el código ético, y un archivo dónde se incluyan las revisiones periódicas del sistema y cualquier modificación de este²¹⁰,

El Manual de cumplimiento es el instrumento donde se plasman los demás elementos del sistema de compliance, es de obligatoria difusión dentro de la empresa, si bien es cierto, la ley

²¹⁰ Enrique Mesa Pérez, *Guía para la implementación de un sistema de compliance en las PYME*, (Burgos, Universidad de Burgos, 2017) Pág. 15

no menciona de manera expresa un manual de políticas y procedimientos, en la práctica se ha sobre entendido, ya que la misma ley en sus artículos 9-B, que nos habla de establecer una política interna de debida diligencia, para la identificación de los usuarios y lo clientes, y que esta sea intensificada para el caso de las personas expuestas políticamente, en su artículo 10 nos dice además que se deben adoptar, políticas, reglas y mecanismos de conducta, que deberán atender los administradores, funcionarios y empleados, así como documentar, cada uno de los procedimientos del sistema de cumplimiento, por ejemplo, en la apertura de cuentas de los clientes y la documentación necesaria en el procedimiento de debida diligencia del cliente, proveedor y empleados.

3.7 El Código de ética.

El Código ético es la principal fuente normativa o de mayor nivel en una organización, de carácter deontológico, y contendrá los principios y valores que la empresa ha de aplicar y respetar en todos los ámbitos de su actividad. Es una exteriorización del compromiso o de la cultura de cumplimiento de la organización, de las leyes y de los valores éticos de la propia organización²¹¹.

El Código de conducta es el principal documento en el que se plasman los lineamientos deontológicos, de la institución, sobre este se basa la cultura de cumplimiento y respeto de los valores institucionales y de prevención de delitos, esta cultura de respeto debe ser implementada desde la alta dirección, y debe ser replicada por los demás empleados.

El Código de ética es definido por las “normas de gobierno corporativo para las entidades financieras”, de la superintendencia del sistema financiero, como *“un Sistema de valores conductuales y mecanismos para su cumplimiento que una entidad establece mediante la*

²¹¹ Jesús Mandrú Zárate, *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, (Barcelona, Wolters Kluwer, S.A, 2017), Pag 269.

adopción de pautas éticas y morales aplicables a la Junta Directiva, Alta Gerencia y en general a todos los miembros de la organización"²¹².

Este debe ser conocido y comunicado eficazmente a todos los miembros de la organización, sin distinción ni exclusión alguna. Ha de hacerse no sólo a nivel interno, a través de adecuadas campañas de comunicación y difusión, sino también hacia el exterior de la compañía, mediante la difusión pública del código y sus valores (a través de notas de prensa, portal de transparencia de la página web, etc.), e incluso traducándose su contenido a otros idiomas de los países donde la organización opere. No debe olvidarse que las normas de conducta y principios de actuación serán del interés de otras organizaciones con las que la organización pueda entablar relaciones.²¹³

El apéndice 1, del instructivo de la UIF, describe los postulados éticos del código de ética que las organizaciones debe tener en sus organizaciones, y reconoce como principios éticos la honestidad y sinceridad, como garantes de la confianza y seguridad de las actuaciones.

Desarrolla, además, una serie de obligaciones que deben considerarse como necesarios para poder garantizar eficazmente estos principios:

- Ningún funcionario puede ofrecer o recibir gratificaciones personales, regalos ni comisiones, atenciones o cualquier otra forma de remuneración o beneficio para adquirir o influir en un negocio o compromiso que involucre a la institución.
- No se deben adquirir compromisos que comprometan a la institución sin la debida autorización previa.

²¹² Consejo directivo de la superintendencia del sistema financiero, *Normas de gobierno corporativo para las entidades financieras*, (San Salvador, Superintendencia del sistema financiero, 2015) https://www.ssf.gob.sv/html_docs/boletinesweb/bmarzo2013/contenido/Normas/bancos/NPB4-48.pdf, visto el día 8 de octubre de 2021.

²¹³ Jesús Mandrí Zárata, *Guía para la implementación del compliance en la empresa*, (Barcelona, Wolters Kluwer, S.A., 2017), Pag 271.

- Todos los compromisos deben expresarse claramente.
- Los reportes de gastos deben ser presentados oportuna y exactamente.
- Se debe cumplir personalmente con todos los procedimientos y controles de la institución como también con los requerimientos de seguridad establecidos para la información.
- Cuando se tenga conocimiento de cualquier transacción cuestionable o posiblemente ilegal, que afecte a la entidad, se debe informar oportunamente sobre estas acciones.

El código de ética es un requisito que es solicitado por la Fiscalía General de la Republica al momento de la solicitar la inscripción del sujeto obligado, podemos entender entonces que el código de ética es un elemento necesario, en la prevención de lavado de dinero y activos, ya que una cultura de prevención basada en valores éticos permite que los empleados y funcionarios de las instituciones bancarias, realicen sus funciones de una manera honesta y apegada a Derecho.

3.8 Canal de denuncias y el whistleblowing.

Ragués y vallés, en la que afirma, que pocas figuras se prestan a valoraciones sociales tan ambivalentes como la del delator o, si se prefiere, la del denunciante. Desde ciertas perspectivas el sujeto que pone en conocimiento de las autoridades las prácticas ilícitas que se cometen en su entorno suele ser visto como un auténtico traidor, especialmente en aquellos casos en los que dicho sujeto no ha sufrido algún perjuicio propio a resultas de la actividad denunciada y actúa movido exclusivamente por la voluntad de promover el respeto a la legalidad o, peor aún, por un cierto ánimo de venganza o de obtener algún tipo de beneficio²¹⁴.

Los fundamentos actuales de la configuración de estos mecanismos de denuncia se encuentran en EE. UU. a mediados del siglo XIX, dónde aparecen las claves para perfilar a los actuales

²¹⁴ Ramón Ragués Valles, *El Fomento de las denuncias como estrategia de política criminal*. En "whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal, (Madrid, Marcial Pons, 2013), Pag. 84

whistleblowers²¹⁵. Podemos entender al wistleblower, como aquel denunciante, que pone en conocimiento a la autoridad correspondiente, cualquier anomalía o conducta sospechosa, así como cualquier ilícito que se esté cometiendo dentro de una entidad bancaria, este personaje, así como el canal de denuncias que se implementa dentro de las organizaciones se han convertido en un elemento importante dentro de los sistemas de compliance institucional.

Entre las medidas de prevención y control de los “compliance programs”, ha resultado especialmente importante la implementación de canales de denuncia o diálogo con los miembros de la organización, tanto para realizar consultas como para denunciar los posibles comportamientos indebidos. Las empresas establecen estos canales o cauces de información para que cualquier empleado, agente o representante que detecte alguna conducta potencialmente criminal o un incumplimiento grave del programa de cumplimiento de la compañía, pueda denunciar o poner el hecho en conocimiento del órgano encargado del control y supervisión de la prevención penal, con garantías de confidencialidad y sobre todo pudiendo garantizar el anonimato del denunciante²¹⁶.

Para diseñar un canal de denuncia eficaz son muchas las variables que una empresa debe tener en cuenta. La actividad social, el perfil de los empleados e, incluso, el grado de compromiso ético alcanzado en la compañía serán factores determinantes en la configuración del canal. Ahora bien, lo que en todo caso será imprescindible para que un mecanismo de este tipo funcione será lograr la confianza en el sistema por parte de sus potenciales usuarios²¹⁷. Esta confianza se logra, estableciendo que las denuncias serán de carácter confidencial, ya que las persona podrían tener temor a represalias por parte de los denunciados, así como un sistema por medio del cual, no se pueda advertir la participación de estos en las denuncias.

²¹⁵ Beatriz García Moreno, *Wistleblowing y canales institucionales de denuncias*, (Valencia, Tirant lo Blanch, 2015), Pág. 208

²¹⁶ Rosa Espín, *El canal de denuncias internas en la actividad empresarial como instrumento del compliance*, (Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2017) Pag. 218

²¹⁷ Adán Nieto Martín, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, (Valencia, Tirant lo blanch, 2015) Pág. 214

El canal debe ser implementado de manera adecuada para otorgar esa confianza, por ejemplo un buzón de denuncias, a la vista de todas las personas, no generara la confianza que necesita, ya que podría ser observado por otros sujetos, podríamos decir que un canal de denuncias por medio de plataformas digitales, podría no estar al alcance todos los empleados de la institución, ya que el personal operativo, en muchas ocasiones no poseen el equipo técnico ideal para ello, es por ello que se recalca la necesidad de estudiar las características propias de cada institución para evaluar la mejor forma de implementación, en algunas instituciones podría ser factible un número telefónico especial para denuncias, mientras que otros podría ser factible una aplicación móvil empresarial, en la cual se puedan realizar las denuncias.

3.9 Los sistemas de monitoreo y el reporte de operaciones sospechosas o irregulares.

La Ley contra lavado de dinero y activos, en su art. 13 regula la obligación de controlar las transacciones que realicen sus clientes y usuarios que sobrepasen los las cantidades establecidas como umbrales y en relación al artículo 2 inc. 2°, regula el reporte de aquellas operaciones que superen el umbral establecido por el artículo 9 de la misma ley, el cual fija un umbral de diez mil dólares para las transacciones en efectivo, y veinticinco mil para las realizadas por cualquier otro medio, por ejemplo, títulos valores o transferencias electrónicas.

Las operaciones irregulares o sospechosas, son aquellas en las cuales las operaciones que este realiza no son acorde o van en contra los patrones de transacciones habituales de una persona, así como aquellas que no son consistentes con su perfil económico, es decir que son aquellas transacciones que los individuos no puedan soportar o que no poseen la capacidad económica para realizar, podemos observar que tanto el reglamento de la ley como el instructivo de la UIF, asemejan ambos conceptos como si fueran sinónimos, tanto el de operaciones irregulares como el de operaciones sospechosas; las operaciones normales o como se les llama en la práctica operaciones reguladas, son todas aquellas que sobre pasan el umbral

establecido, pero que no constituyen un patrón no habitual o que este fuera del giro comercial del usuario o cliente y por ende no constituye una alerta para el sistema de compliance.

Para ejercer una vigilancia efectiva en el control que las entidades financieras llevan para tales efectos, es necesario que por la complejidad de monitorear cientos y miles de transferencias distribuidas en decenas de sucursales bancarias a nivel nacional e internacional, es necesario que las instituciones bancarias cuenten con sistemas especializados para llegar dicho control, estos sistemas de monitoreo, constituyen un elemento más del sistema de compliance, ya que como se deja entrever, no es posible que se cuantifiquen agrupen y contabilicen las operaciones reguladas y sospechosas, si no se cuenta con un sistema de monitoreo.

Los sistemas de monitoreo pueden ser, centralizados o descentralizados, para el caso de las instituciones bancarias, por el alto volumen de transferencias, y debido a la importancia de este elemento del sistema de compliance, estos cuentan con un equipo de analistas de cumplimiento, los cuales verifican las transacciones y verifican los umbrales sobre los cuales se movilizan estas transacciones, para algunas instituciones no bancarias como las cajas de crédito o cooperativas de ahorro, las cuales cuentan con un volumen menor de operaciones, pueden contar sistemas de monitoreo centralizados.

El mismo artículo 13 de la ley contra lavado de dinero y activos, en su inciso segundo, menciona la captura de datos en sistemas automatizados y el formato de operaciones sospechosas establecido por la UIF. El artículo 15 de las normas técnicas para la gestión de riesgos de lavado de dinero y activos y financiamiento al terrorismo, menciona que las transacciones inusuales y sospechosas detectadas, deben ser analizadas con el objetivo de fortalecer los procedimientos, políticas y controles internos, desarrollados y ejecutados, deben también ser almacenados en una base de datos los patrones de conducta de cada uno de los clientes, con el objetivo de establecer alertas al momento que uno de ellos actúe de manera sospechosa o inusual, con el objetivo de parametrizar estos datos.

La importancia del monitoreo de las operaciones que realizan los usuarios de las instituciones bancarias está íntimamente relacionada con el reporte de las operaciones sospechas y control de las operaciones inusuales, ya que es por medio de este sistema, que son detectadas y sometidas a estudio, incluso algunos sistemas de reporte computacionales, poseen la capacidad en sus plataformas de levantar los reportes de manera más ágil y guardas una base de datos de los patrones de conducta, perfil y características de cada uno de los clientes del banco.

El parámetro más común en este tipo de sistemas es la comparación entre límites preestablecidos y movimientos bancarios. Cuando se encuentra alguna inconsistencia de parámetros, el sistema envía una alerta a los gestores de riesgo para que analicen el caso y para que la actividad sospechosa, si se comprueba, sea reportada a las autoridades competentes²¹⁸.

El instructivo de la Unidad de investigación financiera, impone específicamente en su artículo 6, en el procedimiento de apertura de cuentas sometidas al control de la ley contra lavado de dinero y activos, en su numeral 6, la obligación de acreditar la existencia de un sistema de carácter informático o automatizado para efectuar los análisis de riesgo de forma oportuna y eficaz, dejando los sistemas manuales solamente para las instituciones no bancarias, atendiendo por supuesto a la complejidad de los productos bancarios y a su volumen.

Para el monitoreo de las operaciones sospechosa, pueden tomarse en cuenta ciertas variables como:

- Monto de las transacciones.

²¹⁸ <https://www.piranirisk.com/es/blog/3-herramientas-para-monitorear-operaciones-inusuales>, visto el 13 de octubre de 2021.

Como se mencionó anteriormente, la ley contra lavado de dinero y activos ha establecido los umbrales sobre los cuales se realizarán los reportes de operaciones reguladas, los bancos elaboraran un cierre de cada mes calendario y serán enviados al oficial de cumplimiento por cada una de las sucursales que tuviese el banco.

- Frecuencia las operaciones.

La frecuencia con las cuales se verifiquen cada una de las operaciones, es otra señal de alerta que debe establecerse, ya que el artículo 9, menciona que estas operaciones pueden ser realizadas en una sola operación o por múltiples transacciones en el transcurso de un mes.

- Preferencias.

Las preferencias del cliente o usuario son parámetros que van relacionados a los patrones de conducta habituales de casa cliente y va relacionado también al giro comercial de este, ya que, en muchas ocasiones, depende de su giro ordinario el tipo de operaciones que realizaran estos de manera habitual.

- Origen de los fondos.

Conocer el origen lícito de los fondos es el fin principal de los sistemas de cumplimiento y que estos fondos provengan de una fuente lícita de obtención, las instituciones financieras, deben solicitar a sus usuarios que suscriban declaraciones juradas de origen de fondos lícitos según el artículo 19 de la ley contra lavado de dinero y activos.

- Destino o destinatario final.

Otro factor importante en la detección de operaciones sospechosas o inusuales es la determinación del destinatario final de las operaciones, elementos cualitativos de este receptor también son importantes, por ejemplo, si el destinatario final procede de un país no cooperante

de las normas del GAFI o de un país que se encuentre en las listas del GAFI, son señales de alerta de lavado de dinero y activos.

- Complejidad de las operaciones.

La complejidad de las operaciones es una de las características más importantes del lavado de dinero y activos, y se encuentra presente en la segunda etapa del lavado de dinero, en la etapa de la estructuración de operaciones, entre más complejas son las operaciones, mayor es la dificultad de rastrear el origen ilícito del dinero, por ello el sujeto activo, trata en la mayoría de las ocasiones de crear varias capas de transacciones.

- Regiones de alto riesgo de lavado de dinero o índice de corrupción.

El domicilio del cliente o usuario extranjero es una alerta de lavado de dinero y activos, es importante la revisión de las listas negras del GAFI, y de la oficina de control de activos extranjeros (OFAC por sus siglas en inglés), al igual que la lista de transparencia internacional²¹⁹, conocido como índice de percepción de la corrupción, para identificar los clientes que pertenezcan a jurisdicciones de alto riesgo.

- Clase de producto financiero.

La diversidad de productos financieras que son ofrecidos a los usuarios del sistema bancario, y la constante creación de nuevos instrumentos, es uno de los atractivos más grandes que posee el entorno bancario para los lavados de dinero, verbigracia de esto tenemos las Fintech y las insurtech, los cuales son productos financieros novedosos que utilizan las tecnologías de la información y la comunicación como herramienta para ofrecer alternativas digitales.

²¹⁹ Transparencia Internacional, es un movimiento global, que trabaja en más de 100 países para poner fin a la injusticia de la corrupción, véase <https://www.transparency.org/en/about>, visto el 13 de octubre de 2021.

- Actividad económica del cliente y del destinatario final.

El perfil económico del cliente está relacionado a la actividad económica a la que se dedique el cliente, ya que ella aporta datos e información importante en la detección de operaciones sospechosas.

El artículo 2 de la ley contra lavado de dinero, deja de manera tacita, la postura de que existen giros y actividades comerciales que poseen más riesgo de ser utilizados como vehículo de lavado de dinero y activos.

3.10 Política de Due Diligence.

Como menciona, Gimeno Sendra- Gimeno Beviá, por “debida diligencia” (due diligence), podemos entender “*la capacidad o aptitud de las personas jurídicas, para prevenir y detectar la comisión de delitos por parte de los administradores y empleados*”²²⁰, a esta definición podemos agregarle que son aquellas políticas y procedimientos de identificación del cliente, por medio del cual podemos conocer su perfil económico y el origen de los fondos con los que cuenta.

La ley contra lavado de dinero regula las políticas de debida diligencia, el artículo 9-B, establece la obligación de los sujetos obligados a identificar sus clientes, por medio de los documentos de identificación pertinente que regula el instructivo de la Unidad de investigación financiera, como, por ejemplo:

Para personas Naturales:

- Documento de identidad personal con fotografía
- Comprobante de domicilio (recibo de servicios básicos, comprobantes de arrendamiento de inmueble).

²²⁰ José Gimeno Sendra, *Dictamen sobre compliance. Código de buena conducta de las personas jurídicas*, (Madrid, Consejo de la abogacía, 2012) Pág. 50

- Numero de registro fiscal y número de identificación tributaria.
- Credencial o poder en caso de apoderado o representante.

Para personas Jurídicas:

- Documento de identidad personal con fotografía
- Comprobante de domicilio (recibo de servicios básicos, comprobantes de arrendamiento de inmueble).
- Numero de registro fiscal y número de identificación tributaria
- Credencial de elección de representante legal.
- Documento de constitución de persona jurídica.
- Pasaporte de calidad migratoria.

La debida diligencia del cliente es uno de los aspectos más importantes del sistema de compliance, y constituye una de las más determinantes para la detección de operaciones sospechosas. La recomendación 10 del GAFI, dispone que las instituciones financieras no deben mantener cuentas anónimas o con nombres ficticios, así como identificar al beneficiario final de las transacciones.

La política de debida diligencia debe ser consecuente con el análisis de riesgo realizado en la institución, y debe ser orientada con base a los resultados obtenidos en este análisis, tomando en cuenta el país de origen del cliente, la actividad a la que se dedica, la permanencia o no de este en listas negras y la jurisdicción de riesgo en la que se domicilia.

El secreto bancario, de este modo entonces, queda limitado, regulando el artículo 24 de la ley contra lavado de dinero y activos la excepción a este derecho, quedando limitado en la investigación de delitos de lavado de dinero y activos, a diferencia de los llamados paraísos del secretismo, en los cuales no se permite el acceso a la información de los dueños de las cuentas

bancarias. Nuestro país no es ajeno en la implementación de todos estos dispositivos que contravienen y controlan los comportamientos que puedan traducirse en lavado de dinero, y poco a poco se ha decantado por la promulgación de normativas encaminadas a evitar la consumación de hechos delictivos de esta naturaleza, incluyendo medidas que se traducen no solo en momentos ex post delictuales como el comiso de bienes, sino además, ex ante, es de decir previo a la formalización de un proceso penal (en vías de investigación atribuido a la Fiscalía General de la Republica) o incluso en su desarrollo (ratificación en la función jurisdiccional), con el objetivo de evitar que la actividad propia del lavado se consume, tales como: la excepción del secreto bancario o el congelamiento de cuentas.²²¹

La debilidad diligencia intensificada, es aplicada en aquellos casos en los cuales el usuario es una persona expuesta políticamente, es decir una persona que desempeña o ha desempeñado un cargo público o posee parentesco con alguno de ellos. El grupo Wolfsberg lo define como *“El termino personas expuestas políticamente (PEP) se aplica a aquellas personas que desempeñan cargos públicos importantes en un país. La definición que utilizan los reguladores o que se emplea en las directrices suele ser bastante general y da lugar a interpretaciones diferentes. Por ejemplo, la Comisión Bancaria Federal Suiza en sus directrices sobre blanqueo de capitales utiliza el termino persona que desempeña un cargo público importantes, las directrices entre agencias de EE. UU. utilizan la definición falta figura de política exterior y el documento del BIS (Banco de Pagos Internacionales) sobre debida diligencia de clientes para el sector bancario las define como potentados²²².”*

La misma ley contra lavado de dinero nos menciona que por personas expuestas políticamente expuestas se entenderán todo sujeto que se encuentre comprendido en los artículos 236 y 239 de la constitución de la república, los referidos en el artículo 2 literales “a”, “b” y “c” y artículo 52

²²¹ Cámara Segunda de lo penal de la primera sección del centro, *Sentencia* 262-16, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016).

²²² Grupo Wolfsberg, *Wolfsberg preguntas frecuentes sobre personas expuestas políticamente*, (Suiza, Wolfsberg Group). file:///D:/1/CAPITULOS/CAPITULO%20III-%20PIES%20DE%20PAGINA/109.%20faq-peps-spanish_unlocked.pdf, visto el 13 de octubre de 2021.

de la convención de las naciones unidas contra la corrupción, teniendo en común todos ellos el ejercicio de un cargo público, del cual pudiesen aprovecharse y por ende es de importancia el conocimiento del origen de los fondos que manejan.

3.10.1 El principio de inconsistencia.

El artículo 3 de las normas técnicas para la gestión de riesgos de lavado de dinero y activos y de financiamiento al terrorismo (NRP-08), en su literal v), lo define como: “se complementa entre si con la política conoce a tu cliente, determinando si las operaciones son inconsistentes con sus actividades comerciales o personales, contrastado o comparado contra el perfil del cliente.

En ese sentido, podemos mencionar entonces que el principio de inconsistencia plantea que la actividad el volumen y la frecuencia con la que una persona realiza sus operaciones bancarias, debe estar relacionado y debe ser congruente con el perfil económico de este, entendiéndose el perfil económico como aquella capacidad adquisitiva que este posee.

Por medio de las políticas de conocimiento del cliente, se tiene acceso al perfil económico de este y se elaboran parámetros de comportamiento del usuario, entre la capacidad económica y las operaciones financieras que estos realizan, el perfil económico de un cliente puede estar conformado por la capacidad económica, los negocios de los cuales puede ser titular, la profesión a la que se dedica o el giro comercial de la empresa que realiza las transacciones, el patrimonio que posee, entre otro tipo de información que el sujeto obligado recaba de el al realizar el proceso de debida diligencia..

Uno de los elementos de evaluación que se toman en cuenta para la elaboración de los reportes de operación sospechosa, al no ser consistentes las transacciones que realizan los usuarios con su perfil económico o que no guarden ninguna relación con las actividades económicas que realizan.

3.11 Resguardo de registros nominativos.

La conservación de los archivos de cada uno de los clientes, así como de las transacciones realizadas por estos, deben estar disponibles para su verificación ex post, en caso de que sean requeridos por la investigación penal para los delitos relativos al lavado de dinero y activos.

Antes de la entrada en vigor de la ley contra lavado de dinero y activos, el artículo 147 del Código Tributario, obligaba a las instituciones a resguardar la información contable y financiera por un periodo de diez años, por supuesto, la finalidad de esta disposición no era la de la investigación del delito, sino más bien una obligación de fiscalización tributaria ex post, pero el artículo 12 de la ley contra lavado de dinero y activos, modifica esta disposición y toda la información financiera y contable relativa a las transacciones realizadas por los usuarios y clientes, con el objetivo de conservarlos para responder a las solicitudes realizadas por los entes de fiscalización, la información es utilizada para realizar la reconstrucción de las operaciones sospechosas y cualquier actividad delictiva.

3.12 Programas de capacitación.

En los programas de compliance, el mecanismo de implementación institucionalizada va unido a las medidas efectivas, que fueron sistematizadas anteriormente, para el control de la criminalidad empresarial. Esto rige sobre todo para la implementación de departamentos especializados de compliance, medidas de capacitación de empleados y deberes de información y documentación de los trabajadores.²²³

El conocimiento de las políticas y procedimientos de prevención de lavado de dinero y activos es esencial en la implementación efectiva de un compliance program, es necesario que se le dé la publicidad necesaria a las normas establecidas en las leyes de prevención contra lavado de

²²³ Luis Arroyo Zapatero, *El Derecho Penal Económico en la era del compliance*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013) Pág. 96

dinero, así como de las responsabilidades establecidas en los códigos de ética y el manual de políticas y procedimientos de prevención de lavado de dinero y activos, la cultura de cumplimiento implantada en una institución es construida bajo una constante preparación de los empleados y un ambiente de control interno eficaz.

El artículo 10 de la ley contra lavado de dinero y activos, menciona que es obligación de los sujetos obligados capacitar al personal sobre los procesos o técnicas de lavado de dinero y activos a fin de que puedan identificar situaciones anómalas y sospechosas, podemos observar que los sistemas de cumplimiento son un todo unitario, dada la relación que tienen cada uno de los elementos que lo componen, por ejemplo, la relación entre la cultura de cumplimiento que deben tener los empleados con respecto al respeto de las leyes de prevención de delitos financieros, y actuando conforme a la ley en el reporte de operaciones sospechosas de una manera eficaz, esta eficacia se logra teniendo claros los conocimientos de prevención de lavado de dinero brindados por un experto que pudiese ser el oficial de cumplimiento de la institución.

Los programas de capacitación son un requisito de certificación de la UIF, debe implementarse de manera constante, y deben orientarse tanto a reforzar los conocimientos teóricos del delito de lavado de dinero, como a la capacitación técnica de las herramientas de prevención y sobre los demás elementos del sistema de compliance

CAPITULO IV:

EFICACIA DE LOS SISTEMAS DE CUMPLIMIENTO EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO.

La exigibilidad de la existencia de un programa de cumplimiento o sistema de compliance en las instituciones financieras y no financieras, no consiste solamente en crear programas de papel o simplemente pantalla, para cumplir con las meras exigencias legales y que no sea operativamente eficiente o que pueda efectivamente prevenir la comisión de delitos que pudiera cometerse dentro de las organizaciones o detectar que esta pudiese ser utilizada como un vehículo para lavar dinero proveniente de un ilícito, la implantación de una cultura de cumplimiento arraigada desde la alta dirección y entendida por esta como una función vital en el crecimiento de la organización y que no es vista como un gato innecesario sino más bien, como una inversión en la prevención de delitos y poder evitar si la responsabilidad penal de sus empleados y la imposición de multas a su organización.

Una evaluación de la eficacia de un programa de cumplimiento y una actividad la cual presenta diferentes contenidos, dependiendo del objeto de esta valoración. básicamente se distinguirá entre dos tipos de evaluaciones de eficacia: una evaluación retrospectiva es que atiende a la efectividad del programa de cumplimiento en relación con el momento en que se cometen los hechos, a fin de evaluar en que forma cometió los hechos y si tiene controles eficaces para evitar un delito cometido por la persona jurídica, en su forma concreta de manifestación²²⁴.

El cumplimiento normativo es expresión de una política pública –específicamente: la política criminal– en manos de lo privado. Estar sujeto a evaluación (evaluabilidad) es el requisito previo de todo procedimiento de evaluación. Es difícil evaluar lo que no está diseñado para ser evaluado y en este punto, es fundamental utilizar hipótesis de trabajo que sean basado en un

²²⁴Adán Nieto Martín, *Legitimidade e efectividade dos programas de compliance*, (Sao Paula, Tirant Lo Blanch, 2021) Pág. 7

programa teórico empíricamente verificable. Por esta razón, la evaluación prospectiva del cumplimiento normativo debe basarse en cómo cumplimiento basado en datos empíricos, o cumplimiento del comportamiento.²²⁵

El marco jurídico de la normativa salvadoreña en materia de prevención de lavado de dinero y activos, desarrolla los elementos mínimos que debe contener un eficiente programa de cumplimiento, siendo estos elementos que ya se desarrollaron en el capítulo anterior, pero no los únicos, ya que las instituciones, deben estudiar sus indicadores de riesgo a los cuales están expuestos y desarrollar o adaptar las medidas que mejor se adecuen a sus instituciones, teniendo en cuenta, que el objetivo principal de los programas de compliance y las políticas de prevención de lavado de dinero y activos, es su eficiente mitigación.

Un sistema de cumplimiento normativo ineficiente o que solamente busque cubrir formalmente las exigencias legales, sin que su espíritu sea el de salvaguardar los interés legales de la institución o la prevención del cometimiento de delitos en el seno de estas, no cumple con el objetivo real de las leyes contra lavado de dinero y activos, ni con las directrices que las recomendaciones del GAFI establecen, la recomendación 1, hace referencia a la necesidad de evaluar los riesgo a los que se encuentran expuestos y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente.

La cooperación público-privado no sólo se produce en la génesis de las normas, también en su enforcement. Lógicamente en los casos de corrupción al final del camino está el “palo” del derecho penal estatal. La imposición de sanciones penales o administrativas a las personas jurídicas es la forma de motivar a sus directivos a que establezcan mecanismos de debido control eficaces. Pero incluso desde el propio ordenamiento jurídico existen otras posibilidades

²²⁵Adán Nieto Martín, *Legitimidade e efectividade dos programas de compliance*, (Sao Paula, Tirant Lo Blanch, 2021) Pág. 20

de presión. Así el derecho administrativo puede exigir que las empresas que deseen contratar con la administración posean programas de cumplimiento en materia anticorrupción, como ocurre desde años en relación de riesgos laborales, o utilizar el sistema de “listas negras” y excluir de las licitaciones a aquellas que hayan sido condenadas por corrupción.²²⁶

Al momento de considerar una política de prevención amplia (PPD), debe considerarse que ésta se encuentre cimentada en la idea que las empresas, con su conducta, crean una serie de riesgos considerables, pero, que, a la vez, son útiles para el desarrollo de la colectividad, por lo cual, una PPD tenderá a un manejo tolerable de dichos riesgos. De esta manera, el análisis de los riesgos inherentes al proceso productivo se torna en un factor esencial; lo cual debe ir acompañado de la voluntad de investigar y accionar ante cualquier conducta dudosa o sospechosa que pueda implicar, eventualmente, responsabilidades penales. Por consiguiente, se torna esencial la existencia de un encargado que coordine y encabece las tareas de supervigilancia, y control al interior de la persona jurídica.²²⁷

Un sistema de compliance eficaz, no contempla la desaparición total de todo riesgo al cual este expuesta la institución, sino más bien se refiere al manejo positivo de las contingencias que pudiesen afectar al sujeto obligado, verbigracia de ello podemos mencionar que siempre existirá el riesgo de que un “*pitufu*” intente realizar depósitos de dinero en sus cuentas, pero al contar con un sistema de compliance bien establecido, donde los funcionarios y empleados intervinientes en la operación conocen sus funciones y las alertas de lavado de dinero y activos, así como los protocolos de prevención, será fácilmente detectable esta conducta, y podrá prevenirse que se siga depositando el dinero proveniente de actividades delictivas dentro de la institución.

²²⁶Luis Arrollo Zapatero, *EL derecho penal económico en la era del compliance*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013) Pág. 14

²²⁷Iván Navas Moncada, *El criminal compliance en el derecho comparado*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019), Pág. 75

4.1 Características de un programa de Compliance eficaz.

4.1.1 Autonomía

La independencia de los funcionarios o encargados de verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley contra lavado de dinero y activos a los sujetos obligados es uno de los pilares principales que se deben valorar para determinar si un programa de compliance es o no eficaz dentro de una institución, esta independencia significa la libertad en dos sentidos tanto operativa, como la independencia en la toma de decisiones que vinculen -o no- al sujeto obligado con terceros.

La independencia operativa o administrativa, significa la separación de la oficialía de cumplimiento de cualquier otra área de la empresa, la cual posee una estructura jerárquica propia liderada por el oficial de cumplimiento, que posee un cargo gerencial, y que al mismo tiempo posee colaboradores en las tareas de la verificación y reporte de información financiera.

La mayoría de instituciones financieras, por la complejidad de sus organizaciones corporativas y la cantidad de operaciones que realizan, poseen oficialías de cumplimiento descentralizadas, bajo la dirección del oficial de cumplimiento institucional, cada una de las sociedades que conforman el conglomerado financiero, posee un oficial de cumplimiento estos integran el comité de prevención, esto permite que la distribución de funciones sea más efectiva, así mismo las oficialías de cumplimiento se pueden dividir en dos tipos de analistas, los analistas de cumplimiento, que se encargan de verificar que se cumplan las directrices realizadas por el banco en el cumplimiento de las funciones de todos los empleados y funcionarios así como del reporte de operaciones reguladas y sospechosas, por otro lado están los analistas de riesgo, los cuales se encargan de monitorear las operaciones que realizan los clientes de las instituciones financieras. La distribución de tareas en las oficialías de cumplimiento, así como la utilización de sistemas de monitoreo automatizado, permiten que las instituciones bancarias tengan un control más preciso de los riesgos a los que están expuestos.

La autonomía no solamente comprende la descentralización dispositiva en la toma de decisiones dentro de la organización si no también la independencia determina, además, la satisfacción de otras características relevantes que la labor de cumplimiento debe revestir, como son la libertad, la imparcialidad y la autonomía. La primera de ellas trae como consecuencia que el oficial de cumplimiento ha de estar en condiciones de iniciar una investigación sin que sea necesaria una denuncia previa. Por otra parte, la imparcialidad implica que el oficial de cumplimiento actúe de forma ecuánime, sin verse afectado por la simpatía o antipatía que le pueda generar alguna persona o grupo.²²⁸

Dentro de la parcialidad, podemos mencionar que las decisiones que toma la oficialía de cumplimiento a través del oficial de cumplimiento no deben verse dirigidas a complacer a la alta gerencia y deben dirigirse solamente al cumplimiento de las normas de prevención de lavado de dinero y activos, por ejemplo el cierre de cuentas por incumplir el requerimiento de la información necesaria para la identificación del cliente, sin importar si el cliente es un cliente grande o pequeño, o si mueve grandes cantidades de dinero dentro de la institución o no.

4.1.2 Actualización constante.

La eficacia de las políticas de prevención de lavado de dinero y activos comprende la supervisión continua, un programa de cumplimiento estático, que no se actualice conforme a la realidad, y que no sea constantemente revisado, quedara obsoleto al poco tiempo, prueba de ello podemos observar que año con año las UIF, de algunos países recopilan anualmente nuevas tipologías de lavado de dinero y activo que han ido descubriendo conforme sus detecciones, esto demuestra como ya se dijo que los delincuentes y lavado de dinero van

²²⁸ Angela Toso Milos, *El oficial de cumplimiento en el marco de un modelo integrado de compliance en las sociedades anónimas*, (Valparaíso, Universidad Católica del Norte, 2021) Pág. 19, [file:///D:/Nueva%20carpeta%20\(2\)/3287-Texto%20del%20art%C3%ADculo-23255-1-10-20210416.pdf](file:///D:/Nueva%20carpeta%20(2)/3287-Texto%20del%20art%C3%ADculo-23255-1-10-20210416.pdf), visto el 15 de noviembre de 2022.

descubriendo grietas dentro de estos sistemas de cumplimiento o van ideando nuevas formas de introducir el dinero sucio en el sistema financiero y real de la economía.

La recomendación 1 del GAFI, destaca la importancia que tiene el hecho de mantener actualizadas las políticas de identificación y prevención de riesgo dentro de los países y las instituciones financieras. Mantener un sistema de cumplimiento actualizado contra las constantes tipologías de lavado de dinero es muy importante, las instituciones no pueden aparecer estáticas a las nuevas tendencias criminales y deben modificar constantemente los controles y adaptarlos a la realidad. Un sistema de compliance actualizado es más seguro que uno que solamente se revisa para cumplir una normativa legal.

Un CCP es eficaz en tanto que se aplica en la realidad organizacional. Esto deja de ser así cuando las disposiciones contenidas en el programa ya no reflejan el binomio organización-ordenamiento jurídico. El origen más recurrente de la ineficacia del programa es su desactualización, esto es, se gestó correctamente en sus orígenes, pero ha sido superado con el paso del tiempo. Esto puede suceder, cuando menos, por cualquiera de los siguientes motivos²²⁹:

- a) La organización ha cambiado
- b) El ordenamiento jurídico ha sido reformado
- c) El ente colectivo genera nuevos riesgos

Para evitar la desactualización del programa y, como consecuencia de ello, una pérdida de eficacia en el proceso penal, el CCP debe ser revisado y actualizado, por lo menos, una vez al año.

²²⁹Miguel Ontiveros Alonso, *Manual básico para la elaboración de un criminal compliance program*, (México D.F., Tirant Lo Blanch, 2018) Pág. 48

4.1.3 Controles específicos.

Los sujetos obligados, al implementar de manera efectiva los sistemas de cumplimiento dentro de las instituciones, deben implementar controles en cada una de las áreas estos deben estar determinados dentro del manual de políticas y procedimientos de prevención de lavado de dinero y activos; a efectos de procurar la eficacia de las políticas, procedimientos y controles de compliance, la función de compliance, velará por que se apliquen de manera uniforme y consistente en la organización, de modo que puedan cumplir razonablemente su función de prevención, detección y respuesta ante los riesgos de lavado de dinero y activos.

No basta con señalar a los miembros de la entidad cómo han de comportarse, también es preciso establecer medidas internas que aseguren razonablemente que las normas van a ser cumplidas. Los controles son muy variados y dependen del delito que se quiera prevenir. Como ejemplo de controles puede citarse la conformación de los procesos internos de acuerdo con el principio de “cuatro ojos”, la selección de personal, el control de los pagos y de los instrumentos de pago, la due diligence a la hora de contratar agentes comerciales, etc.²³⁰.

Uno de los controles más importantes recae sobre la información de los socios de negocios o stakeholders de las instituciones, ya que es una de las áreas más sensibles que poseen las instituciones, las áreas encargadas de tener un trato directo como por ejemplo ejecutivos de negocio, área de ventas, etc. son comúnmente las que tienen mayor contacto con el cliente y las que en la mayoría de los casos realizan el proceso de debida diligencia de los clientes.

La solicitud de documentación personal (debida diligencia), en caso de ser funcionario público, se realiza la debida diligencia intensificada²³¹. La ley contra lavado de dinero y activos, regulada que para aquellas personas consideradas personas expuestas políticamente o PEP'S, se debe

²³⁰Adán Nieto Martín, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015), Pág. 123

²³¹ Ley contra lavado de dinero y activos, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2000), artículo 9-B

instituir una política interna de debida diligencia intensificada o ampliada, Para los sujetos obligados, sean estos del sector financiero o del sector real, la vinculación con PEPs de cualquiera de las categorías, puede generarles, la exposición a otros tipos de riesgos asociados, como el legal, el reputacional y el de contagio. Por eso la administración de este riesgo debe considerar la situación actual del país y del mundo respecto de fenómenos como la corrupción y la financiación del terrorismo que aparecen ligados al lavado de activos. En ese sentido, la decisión de aceptar vincularse con un PEP significa exponerse a un mayor escrutinio del supervisor correspondiente, dependiendo del sujeto obligado y de sus otros grupos de interés. Por tanto, es allí donde radica la necesidad de que los sujetos obligados identifiquen a los PEPs dentro de sus bases de datos y generen procedimientos para monitorear sus operaciones.²³²

El termino PEPs, se aplica a aquellas personas que desempeñan cargos públicos importantes en un país. La definición que utilizan los reguladores o que se emplea en las directrices suele ser bastante general y da lugar a interpretaciones diferentes. Por ejemplo, la Comisión Bancaria Federal Suiza en sus directrices sobre blanqueo de capitales utiliza el término persona que desempeña un cargo público importante, las directrices entre agencias de EE. UU. utilizan la definición alta figura de política exterior y el documento del BIS (Banco de Pagos Internacionales) sobre debida diligencia de clientes para el sector bancario las define como potentados²³³.

Las personas políticamente expuestas, debido a su estatus social, deben ser especialmente verificados, para poder mitigar el riesgo de una criminalidad de cuello blanco, los cargos que ostentan pueden prestarse para cometer delitos de corrupción o de lavado de dinero y activos

²³² Juan Pablo Rodríguez Cárdenas, *Personas Expuestas Políticamente (PEPs)*, (Bogotá, Asobancaria, 2016), Pág. 26

²³³ Morgan Chase, Wolfsberg preguntas frecuentes sobre personas expuestas políticamente, (Ermatingen, Wolfsberg Group), <https://www.wolfsbergprinciples.com/sites/default/files/wb/pdfs/translations/spanish/109.%20faq-peps-spanish.pdf>, visto 20 de enero de 2022.

de las arcas públicas, así como la prestación de favores a terceros a cambio de beneficios en la toma de decisiones estatales.

4.1.4 Distribución de responsabilidades

Como en toda organización cada uno de los miembros que la componen tiene funciones asignadas y estas funciones dependiendo el nivel jerárquico dentro de la institución tienen mayor o menor responsabilidades, dentro de un programa de compliance establecido, cada uno de los empleados responde por las acciones u omisiones que realice en la prevención de lavado de dinero y activos, siempre y cuando la institución haya establecido claramente la función de control interno que el empleado debió haber seguido, y que no haya resultado de una falencia del sistema de compliance.

Para este tipo de casos, el legislador planteo un tipo penal diferente al del delito de lavado de dinero y activos, se encuentra regulado en el artículo 8 de la ley contra lavado de dinero y activos y es el delito de encubrimiento culposo, que tiene como conductas típicas al que actuara con negligencia, impericia o ignorancia en sus atribuciones, atribuyéndosele a título personal la autoría del delito por descuido u omisiones en las funciones confiadas a su cargo y no a la institución.

La distribución de responsabilidades, además, funciona también para saber en qué parte de la relación cliente- institución se verifico el fallo o la omisión de los controles, es decir, quien de los intervinientes en el proceso de la relación comercial no cumplió con sus obligaciones, ya que al tener cada uno de los empleados sus atribuciones bien detalladas y determinadas, sería fácil detectarlo.

4.1.5 Identificación y mitigación de riesgos.

Identificar los riesgos a los cuales están expuestas las instituciones financieras constituye el primer paso para que un programa de cumplimiento pueda ser considerado eficaz o ineficaz. Es posible que el sujeto obligado posea la estructura organizativa y profesional adecuada, los recursos y el total compromiso de los beneficiarios efectivos de la institución, pero si por el contrario, no se saben identificar eficazmente los riesgos a los que están expuestos o no se valoran ampliamente estos, la institución financiera se encontrará vulnerable con respecto a los delincuentes que deseen utilizarlo como vehículo para lavar dinero, la delincuencia organizada va evolucionando conforme a los mecanismos de defensa de las instituciones financieras, con el fin de evadir estos controles.

. El mapa o la matriz de riesgos puede dar mucha información sobre el grado de compromiso de la empresa con el sistema de compliance, puesto que la mayor o menor información y conocimiento sobre los procesos internos corporativos en situación de riesgo, los antecedentes y medidas de remedio implementadas en anteriores eventos⁵⁷ y las métricas usadas para la evaluación de los controles constatan la preocupación de la empresa por la mitigación de los riesgos y la generación de verdadera cultura de cumplimiento.²³⁴

4.1.6 Adaptación del modelo.

Como ya se mencionó anteriormente, la adopción de una cultura de cumplimiento normativo es vital para la prevención del delito de lavado de dinero y activos en los sujetos obligados, es la base de la adopción de un modelo de cumplimiento eficaz y encaminado a la prevención efectiva no solamente de la prevención de delitos, sino también de una cultura organizacional de ética y mitigación de riesgos.

Según el artículo 4 de las normas técnicas del Banco Central de Reserva para la gestión de los riesgos de lavado de dinero y de activos y de financiamiento al terrorismo, las entidades deben

²³⁴ Luis David Ocaña Be, *Compliance*, (Valencia, Tirant Lo Blanch), Pag. 149.

establecer una estructura organizacional o funcional adecuada a su modelo de negocios y apropiadamente segregada, que limite claramente funciones y responsabilidades, así como los niveles de dependencia e interrelación que corresponde a cada una de las áreas involucradas en la gestión de riesgos de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo (LD/FT).

Como bien lo indica la norma técnica, es el modelo de gestión de riesgo (modelo de compliance), el que debe adaptarse a las condiciones y estructuras de la entidad, ya que ningún negocio o empresa es similar a otro, desde sus características legales (sociedad de personas, de capital, capital mínimo, número de socios, tipo de sociedad, etc.), hasta sus estructuras comerciales (número de filiales, productos o servicios que provee, presencia local o internacional), difieren entre cada una de ellas, y no se podría adaptar un programa de compliance general a todas las instituciones, verbigracias de ello tenemos un programa de compliance orientado a una empresa de transporte internacional, que será utilizado por una institución bancaria, los controles internos que establecidos para la empresa de transporte así como verificaciones físicas de las unidades (camiones), no son necesarias en un banco, por otro lado una empresa de transporte no cuenta con la infraestructura informática que si necesita un banco, así mismo, las instituciones bancarias suelen estar presentes en muchos países, y las empresas de transporte usualmente trabajan a nivel local o regional, con su sede en un solo país, este es un mero ejemplo de las dificultades que puede conllevar adoptar un modelo de otra institución y no desarrollar uno propio iniciando desde el análisis de riesgo que se mencionaba supra en este trabajo de investigación.

4.2 Los sistemas de cumplimiento y el sistema disciplinario interno.

Como todo sistema de normas formales, el código de conducta o el manual de políticas y procedimientos de prevención de lavado de dinero y activos llamado en algunos casos código compliance, debe prever caso en los cuales las personas a las que vayan dirigidas las normas dispositivas, no la atenderán y debe así mismo plantearse consecuencia derivadas de estos

incumplimientos que se verán reflejadas en amonestaciones o sanciones de carácter administrativo.

Es necesario que todos los empleados de la empresa deban cumplir la legislación vigente en cada uno de los países en los que la misma desarrolle todas sus actividades, sean éstas de la naturaleza que sean (producción, distribución y comercialización). En ese sentido, debe tenerse presente que la aplicación de un Código de Compliance, en ningún caso y bajo ningún supuesto puede suponer el incumplimiento de la normativa y demás disposiciones legales vigentes en los países donde la empresa opere, y realice cualquier tipo de actividad²³⁵

La prueba documental resulta clave ya que sirve para introducir en el proceso los códigos, las políticas y los protocolos de actuación diseñados por la entidad para el desarrollo de su tarea de prevención delictiva, así como aquellas evidencias, en papel o electrónicas, que la aplicación práctica del programa vaya generando, asegurando, de este modo, la trazabilidad de las actividades²³⁶.

Los programas de cumplimiento son sistemas organizativos que están integrados por políticas, reglas, procedimientos e instrumentos orientados a asegurar el cumplimiento de la legalidad en el desarrollo de las actividades del sujeto obligado, el objetivo de estos elementos es resguardar a la institución de que pueda ser utilizada para lavar dinero como un vehículo, o que las operaciones que realiza puedan ser utilizadas para lavar dinero procedente de actividades delictivas. Un sistema sancionador interno, sin el cual todo el aparato de cumplimiento puede convertirse en un brindis al sol. tal sistema sancionador no requiere solo de sanciones, sino también de mecanismos para detectarlas irregularidades²³⁷.

²³⁵ Javier Puyol, *Criterios Prácticos para la elaboración de un código de compliance*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016) Pág. 50

²³⁶ Ana María Neira, *La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal*, Revista de política Criminal, (La coruña, 2016), Pag. 468

²³⁷ Juan Antonio Lascurian, *Los programas de cumplimiento de prudencia penal*, (Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2015) Pág. 110

Los programas de cumplimiento se han integrado de manera permanente a las estructuras organizativas de las instituciones catalogadas como sujetos obligados, y se vuelven vinculantes para todos los trabajadores de las instituciones, así como de los directivos de esta, estableciendo para tales efectos consecuencias penales tanto para los empleados de las instituciones que omitan o no cumplan con las directrices de la ley, el reglamento y el instructivo de la UIF, como para los funcionarios públicos que ayuden a eludir los controles institucionales a los delincuentes que se dispongan a lavar dinero dentro de una organización o ejerciendo una actividad de alto riesgo.

Cabe señalar que la eficacia que se exige para los programas de cumplimiento normativo es una eficacia relativa, en el sentido de que la comisión de un delito no implica necesariamente la ineficacia del sistema. Por lo tanto, eficacia no puede asimilarse a infalibilidad en la prevención y evitación de los delitos. De ahí que un factor importante para valorar tales programas sea, precisamente, su capacidad de detectar las infracciones que se cometen y de reaccionar adecuadamente ante tales fallas. Hay que tener en cuenta que los programas de cumplimiento no pueden ni pretenden neutralizar absolutamente el riesgo de comisión de delitos siendo exigible, únicamente, que sirvan para gestionar los riesgos de comisión de infracciones, de tal forma que estos se mantengan en niveles jurídico-penalmente aceptables.²³⁸

Aun cuando existen elementos comunes a cualquier programa de cumplimiento, es clave que el modelo se adapte a las características de cada organización y a los específicos riesgos de su actividad. En este sentido, otro aspecto relevante para valorar la eficacia de los programas de cumplimiento radica en el hecho de que el modelo responda a la idiosincrasia de la organización, esto es, que sea idóneo para la organización en que se va a implementar. Por consiguiente, no existe un programa de cumplimiento de validez general, sino que el programa,

²³⁸ Ana María Neira, *La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal*, Revista de política Criminal, (La coruña, 2016), Pag. 478

para ser efectivo, debe adecuarse a las características estructurales de la entidad, a los riesgos propios de su actividad y al entorno legal en que opera²³⁹.

Los controles establecidos en las políticas de prevención de lavado de dinero que forman parte del marco normativo integrado en las instituciones financieras y que son de obligatorio cumplimiento para todos los empleados como lo establece la ley contra lavado de dinero y activos, su reglamento y su instructivo, estas políticas deben también contener un marco disciplinario dirigido a aquellos empleados que no cumplan con los controles de prevención.

Los programas de cumplimiento, son sistemas adaptables al tipo de estructura organizativa donde se quiera implementar, ineficaz sería por otro lado un sistema de compliance rígido que no se adapte a la estructura de la organización, no existe una empresa o institución privada idéntica a otra, en cada una de ellas existen diferente número de sucursales, número de gerencias o jefaturas, así como estructuras organizativas diferentes, es por ello que el sistema de compliance debe ser personalizado con respecto al sujeto obligado tomando como base el análisis de riesgo inicial.

Para que un sistema de compliance además, sea eficaz, es necesario un seguimiento al cumplimiento de los controles establecidos y aprobados por la alta gerencia, parte de este seguimiento es la efectividad de un sistema disciplinario y a pesar de que la ley no establece cuales pueden ser las sanciones del empleado al incumplir estos controles, las instituciones bancarias hacen una integración de leyes con las disposiciones de derecho laboral, entendiendo que dentro de sus funciones como empleado estas las de cumplir con todo el marco legal que afecte a la empresa y a darle cumplimiento a todas las obligaciones legales que la sociedad tenga; dentro de las funciones que cada uno de los empleados posee dentro de la empresa, están las de cumplir estas políticas de prevención de lavado de dinero y activos, el régimen

²³⁹ Osvaldo Artaza Varela, *Programas de cumplimiento*, (La Coruña, Revista Política Criminal, 2013), Pág. 240

disciplinario aplicable a un empleado que incumpla sus funciones como en toda relación laboral se encuentra regulado en el reglamento interno de trabajo y en el código el código de trabajo.

El artículo 23 del código de trabajo establece el contenido del contrato individual de trabajo, su numeral 3 establece las funciones que el empleado desempeñara, dentro de estas funciones que se le asignan al trabajador están los controles establecidos por las políticas y procedimientos de prevención de lavado de dinero y activos, así como los del código de ética aprobado por la alta gerencia, por ende las funciones de prevención de lavado de dinero y activos es de estricto cumplimiento para todos los empleados.

El artículo 31 ordinal 12 del código de trabajo menciona que es obligación del trabajador cumplir con el correspondiente reglamento interno de trabajo, el cual se considera obligatorio tanto para el patrono como para los trabajadores, el artículo 304 del código de trabajo, establece los requisitos mínimos que debe contener el reglamento interno y su literal e), menciona las disposiciones disciplinarias y el modo de aplicarlas, comúnmente en las instituciones bancarias, a las faltas cometidas por los empleados al omitir o no seguir al pie de la letra las funciones de cumplimiento establecidas, se les impone una acción de personal, la cual es equivalente a un aviso en el cual se le llama la atención de manera verbal y la cual es la equivalente a la amonestación verbal que mencionan los reglamentos internos de trabajo, cuando la conducta es reiterada se puede acudir a las disposiciones del artículo 305 del código de trabajo el cual es la suspensión por falta disciplinaria, la cual puede ser por un día a discreción del patrono, y por más tiempo previa autorización del ministerio de trabajo y previsión social.

El sistema disciplinario a las faltas que pudiera tener un empleado dentro de la institución es un refuerzo al compromiso de la alta gerencia de la institución con el cumplimiento de las directrices contra lavado de dinero y activos. Cuando se encuentra con un empleado que recurrentemente comete infracciones o realiza una conducta que puede ser considera como sospechosa, cualquier otro empleado puede denunciar esta conducta a la oficialía de cumplimiento la cual verificará la conducta y en caso de adecuarse a alguna de las conductas típicas o tener

sospecha de ello se emitirá un ROS a la unidad de investigación financiera de la Fiscalía General de La República.

4.3 El control administrativo del marco de prevención de lavado de dinero.

Las recomendaciones del GAFI, específicamente en su recomendación número 1²⁴⁰, menciona que los países deben exigir a las instituciones financieras y a las actividades profesionales no financieras designadas, que identifiquen, evalúen y tomen una acción eficaz para mitigar sus riesgos de lavado de dinero y activos; el Estado, debe tomar un papel activo en la prevención de lavado de dinero y activos al exigir a estas instituciones la implementación de un programa de compliance eficaz, que busque minimizar lo más posible los riesgos a los que están expuestos y que al no cumplir con estos requerimientos podrían ser sancionados no solamente a nivel de una responsabilidad penal de las personas jurídicas sino también por medio de un procedimiento administrativo sancionador.

El Estado ejerce la potestad sancionadora frente a las instituciones que no cumplan con las políticas de prevención de lavado de dinero y de todo el marco legal establecido para ello, Derecho Administrativo, en consecuencia, comprende el análisis y la regulación de la actividad administrativa, de forma indirecta aborda el poder sancionatorio del Estado²⁴¹, en la exposición de motivos de las normas técnicas del Banco Central de Reserva (BCR) sobre las normas técnicas para la gestión de los riesgos de lavado de dinero y activas y de financiamiento al terrorismo, menciona que los estándares internacional como las recomendaciones del GAFI, requieren que el ente supervisor se cerciore que las instituciones cuenten con las políticas y procesos adecuados, incluidas las reglas de debida diligencia con el cliente para promover normas éticas y profesionales de alto nivel en el sector financiero, de esta manera el estado

²⁴⁰ Grupo de Acción Financiera Internacional, 40 Recomendaciones del GAFI, ()

²⁴¹ Eulogio Monreal Ávila, *La potestad sancionadora en la prevención del blanqueo de capitales*, (Madrid, Universidad Complutense d Madrid, 2017)

ejerce el *ius puniendi* desde el área penal sino también desde la esfera administrativa sancionadora.

La Superintendencia del sistema financiero es la institución encargada de la supervisión de los integrantes del sistema financieros, y al mismo tiempo es el encargado de la aprobación del marco normativo necesario para su desarrollo y protección²⁴², la superintendencia del sistema financiera por ende tiene una papel se supervisión sobre las obligaciones administrativas que poseen los bancos y las facultades de fiscalización y se sanción en los casos que estas instituciones no respeten las normas técnicas emitidas por el Banco Central de Reserva.

4.3.1 Inicio del procedimiento administrativo sancionador.

El procedimiento administrativo sancionador en caso de un incumplimiento a las disposiciones en prevención de lavado de dinero y activos puede ser iniciado de oficio, por denuncia de alguno de los interesados o por un tercero o por petición razonada de cualquier institución pública de otros órganos del estado. Al advertirse cualquier incumplimiento, se tienen cinco días hábiles para dar aviso a la superintendencia del sistema financiero.

El aviso que se hace a la Superintendencia del sistema financiero debe contener por lo menos la relación detallada de los hechos que configuran la infracción, mencionando la disposición infringida y los detalles del supuesto infractor, si se tuvieran pruebas sobre el incumplimiento denunciado se anexaran al aviso, pudiendo incorporar nuevas pruebas posteriormente.

²⁴² El Sistema de Supervisión y Regulación Financiera está constituido por la Superintendencia del Sistema Financiero, en adelante denominada "Superintendencia", y por el Banco Central de Reserva de El Salvador, en adelante denominado "Banco Central". La supervisión de los integrantes del sistema financiero y demás supervisados de conformidad a esta Ley es responsabilidad de la Superintendencia; la aprobación del Marco Normativo Macro Prudencial necesario para la adecuada aplicación de ésta y las demás leyes que regulan a los integrantes del sistema financiero y demás supervisados, le corresponde al Banco Central. La ejecución y aplicación de la presente Ley se realizará por la Superintendencia y el Banco Central dentro de sus respectivos ámbitos de competencia: Asamblea Legislativa, *Ley de supervisión y regulación del sistema financiero*, (San Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011), Artículo 1.

4.3.2 La investigación en el procedimiento administrativo sancionador.

Al no contarse con los suficientes elementos probatorios para la determinación de las disposiciones infringidas para poder dar por iniciado el proceso administrativo sancionador, el superintendente o su delegado, podrán promover diligencias de investigación preliminar, del resultado de esta investigación se elaborará un informe, el cual detallará los hallazgos encontrados y emitirá una resolución razonada ordenando la instrucción del procedimiento en contra de la fiscalizada.

Se emplazará al supuesto infractor para que en el término de 10 días hábiles pueda ejercer su derecho de defensa, notificándole la resolución dictada, una copia del informe que la motivo y las pruebas que se hubieren aportado para que pueda desvirtuarlas. Se aplicarán las disposiciones sobre el emplazamiento que regula el artículo 59 de la ley de supervisión y regulación del sistema financiero²⁴³.

El emplazamiento se hará al supuesto infractor de conformidad a lo siguiente:

- a) En el caso de una persona jurídica, se hará por medio de su representante legal y no encontrándose éste, se hará por medio de esquila que, junto con la documentación correspondiente, se dejará en poder del director o ejecutivo de mayor jerarquía administrativa presente en la respectiva institución o entidad, o en su defecto, de cualquier empleado que se encuentre en sus instalaciones;

- b) En el caso de un director, funcionario, gerente o administrador de un integrante del sistema financiero, se le hará personalmente en el establecimiento del integrante referido y no encontrándosele, el emplazamiento se practicará por medio de esquila que, junto con

²⁴³ Ley de supervisión y regulación del sistema financiero, (San Salvador, Asamblea Legislativa, 2011)

la documentación correspondiente, se dejará en poder de cualquier otro empleado del respectivo integrante; y

c) En el caso de otras personas naturales se le hará personalmente en su domicilio y si no se le encontrare, el emplazamiento se practicará por medio de esquila que, junto con la documentación correspondiente, se dejará en poder de su cónyuge, conviviente, parientes o empleados.

El procedimiento se abrirá a pruebas por el termino de diez días, y se aportaran las pruebas que se consideren pertinentes, si el supuesto infractor hiciera uso de los derechos que se le confieren se dictara resolución en el término de treinta días hábiles.

Además de la sanción impuesta en caso fuere negativa al infractor, además de la resolución final, se establecerá un plazo prudencial para que subsane las deficiencias o el incumplimiento que dio origen al procedimiento sancionatorio.

Cuando se advierte que una institución bancaria ha omitido o a incumplido la implementación de un sistema política o control de los establecidos en la ley contra lavado de dinero y activos, así como de las normas técnicas que emite el Banco Central de Reserva, la superintendencia del sistema financiero tiene la potestad de iniciar un procedimiento administrativo sancionador por los incumplimientos que se aleguen. La adecuada aplicación de las normas relativas a la prevención de lavado de dinero y activos es trascendental en el manejo del negocio; entendido que es de toda la importancia, no solo del conocimiento de la norma, sino de su aplicación a efectos de prevenir y contrarrestar a toda la utilización de las entidades para el blanqueo de capitales.²⁴⁴

²⁴⁴ Superintendencia del Sistema Financiero, *Resolución SancionatoriaPAS-008/2017*, (San Salvador, SSF, 2018)

Para la consecución de los objetivos de prevención de lavado de dinero y activos es preciso elaborar políticas reglas y procedimientos claros a seguir, así como capacitar al personal involucrado en materia de prevención e identificación de operaciones sospechosas, situaciones que, conforme al volumen de operaciones, es posible verificar a través de la unidad de cumplimiento²⁴⁵, todo incumplimiento, incurrirá en la apertura de un procedimiento administrativo sancionador y la imposición de una multa, así como en caso de que se no se subsanaran los hallazgos de incumplimiento será acreedor a un nuevo procedimiento administrativo sancionador.

4.4 La auditoría interna de los sistemas de compliance

La auditoría administrativa es una herramienta de gestión empresarial que tiene como objetivo entender la estructura organizacional, la existencia y aplicación de las herramientas de planeación y ejecución, la delimitación de la administración de riesgos (A/R), los canales de comunicación y la división del trabajo.²⁴⁶ Entendida esta estructura y como parte del seguimiento que la institución debe dar al sistema de compliance, es necesario que sea revisada constantemente, con el objetivo de mitigar cualquier tipo de vulneración que el sistema de compliance pudiese tener.

Desde el punto de vista legal, el cumplimiento normativo se despliega en una fase pre-procesal: cuando se desarrolla la prevención penal en la persona jurídica mientras esta redacta sus “medidas” o confecciona el “modelo” de partida y sus versiones complementarias, y después las implementa, ejecuta, supervisa y mantiene, sino también otra propiamente procesal, cuando, de producirse el delito, la persona jurídica se ve involucrada en una investigación penal, iniciándose su intervención como defensa ante los tribunales²⁴⁷.

²⁴⁵ Superintendencia del Sistema Financiero, *Resolución Sancionatoria PAS-024/2015*, (San Salvador, SSF, 2018)

²⁴⁶ Miguel Ontiveros Alonso, *GPS Compliance*, (Valencia Tirant Lo Blanch), Pág. 129

²⁴⁷ Nicolas Rodríguez-García, *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, (Valencia Tirant Lo Blanch, 2021) Pág. 238

Dentro de las instituciones bancarias podemos encontrar las llamadas tres líneas de defensa, las cuales comprenden los escudos que estas tienen en la prevención de delitos o utilización por terceros de las instituciones como vehículos para lavar dinero, estas líneas de defensa se encargan cada una de monitorear los controles desarrollados por la política de prevención de lavado de dinero y activos, y consisten en:

- La gerencia operativa, como primera línea, es decir, la Primera Línea de Defensa es realmente quien gestiona los riesgos. Cada una de las áreas de la institución en conjunto del área de cumplimiento, es encargado como se mencionó antes, de evaluar los riesgos a los cuales están expuestos los sujetos obligados.
- Cumplimiento se emplaza en la Segunda Línea de Defensa. Promueve y apoya a la organización en la implantación y supervisión de mecanismos que le permitan cumplir sus objetivos en materia de cumplimiento, asegurando el control y mitigación de los riesgos de cumplimiento, la prevención de delitos y la cultura de cumplimiento, e informando de manera autónoma a los órganos de gobierno corporativo de la situación del sistema de cumplimiento. En su relación con Auditoría Interna, alertará de los riesgos presentes y futuros de cumplimiento para un correcto entorno de control.
- Auditoría Interna se emplaza en la Tercera Línea de Defensa. Revisa que los diferentes mecanismos establecidos por las funciones de la Primera y la Segunda Líneas de Defensa operen de manera correcta y cubran los objetivos pretendidos. Adicionalmente deberá evaluar periódicamente el diseño y la efectividad de los diferentes modelos de cumplimiento.²⁴⁸

²⁴⁸ José Enrique Díaz Menaya, *Gobierno del riesgo de cumplimiento, relación entre auditoría interna y cumplimiento normativo*, (Madrid, The Institute of Internal Auditors) Pág. 9

El artículo diez de la ley contra lavado de dinero y activos, en su literal d), establece la obligación de los sujetos obligados de establecer mecanismos de auditoría interna para verificar el cumplimiento de lo establecido en la misma ley, ello porque podemos considerar que es necesario que otro ente ajeno a la oficialía de cumplimiento, verifique que esta ha cumplido con los objetivos que se ha trasado, y cumple con cada una de las funciones que la ley le otorga.

Así mismo el artículo cuatro literal d) del reglamento de la ley contra lavado de dinero y activos, menciona que se deben establecer procedimientos para asegurar un alto nivel de integridad del personal y un sistema de auditoría interna a fin de verificar el cumplimiento de la ley y el reglamento.

Esta función de auditoría, a la que debe someterse el sistema de compliance responde también a la necesidad de actualización y constante adaptación a las tendencias actuales, y como mecanismo de refuerzo al encontrar deficiencias y oportunidades de mejora de este.

La eficacia de los sistemas de compliance, radica entonces, no en esperar que existan cero intentos de penetrar las líneas de defensa vistas en este capítulo, sino en una mejor continua y actualización constante, donde todos los involucrados realizan sus funciones con la diligencia debida y tomando en cuenta todas y cada una de las directrices establecidas en el manual de políticas y procedimientos de prevención de lavado de dinero y activos, puede suceder que en una institución hasta la fecha no haya habido ningún delito hallazgo de lavado de dinero o el cometimiento de un delito dentro de la institución, pero tenga un sistema de compliance débil, este será vulnerable y tarde o temprano será objeto de un delito de lavado de dinero y activos, por otro lado pueda suceder que una institución este conteniendo constantemente ataques de criminales que intentan acceder a este, pero que sus controles establecidos por el sistema de compliance sean eficaces y estén reportando la información constantemente a la unidad de investigación financiera.

CONCLUSIONES.

El delito de lavado de dinero es un problema que golpea fuertemente a las economías de los países y que socaba la democracia por su alta incidencia en las decisiones de los países por medio de la corrupción, es un fenómeno que, se ha internacionalizado asumiendo niveles gigantescos dentro del crimen organizado, una de las características especiales además de su internacionalización, es la profesionalidad con la que los sujetos activos realizan sus operaciones, siendo expertos en ramas como la contabilidad las finanzas, el comercio internacional y por supuesto el Derecho, es por ello que los mecanismos y controles para su prevención deben implementarse de manera eficaz y actualizarse constantemente.

Conclusión del capítulo I

Ateniendo a la complejidad del delito de lavado de dinero y activos, este es realizado en etapas a las cuales se les ha designado como colocación, estratificación y reintegración, en donde se puede observar los procesos de desarrollo del lavado de dinero y donde podemos identificar en que momentos es más fácil la detección de este y establecer controles para poder prevenir que se complete el proceso de lavado de dinero y activos.

El Salvador, en respuesta de ello, creo la Ley contra lavado de dinero y activos, tipificando el delito de lavado de dinero y activos y describiendo así, no solamente la conducta activa clásica del delito, sino desplegando una serie de conductas típicas por medio de las cuales una persona puede cometer el delito de lavado de dinero y activos, sino también ayudar a eludir las consecuencia jurídicas de otra persona o facilitar el cometiendo de este por medio de su cooperación, así como conductas de comisión por omisión , el cual es cometido cuando por negligencia o impericia no se cumplen con las obligaciones que la ley contra lavado de dinero y activos impone a los sujetos obligados.

Conclusiones capítulo II

Los grandes y complejos esquemas de lavado de dinero a nivel internacional, han motivado a las autoridades de la mayoría de países del mundo a unirse en la lucha por la prevención de lavado de dinero y activos, creando organizaciones que luchan contra este delito y creando estándares internacionales de prevención, dando origen a una fuente del derecho llamada soft-law, la cual no posee las formalidades y el carácter vinculante que pudiera tener un convenio internacional entre países, pero que posee otro tipo de medidas de presión para garantizar su cumplimiento como por ejemplo medidas políticas y económicas que se pueden imponer a los países considerados como “no cooperantes”, al no cumplir con estos estándares, los cuales buscan la cooperación y la ayuda mutua en materia de prevención de lavado de dinero y activos.

Organizaciones internacionales como la ONU, el comité de Basilea, el grupo Wolfsberg, El grupo Egmont, entre otras, emiten constante y permanentemente, documentos estudios y recomendaciones a los países a nivel mundial, para que mantengan estos estándares de manera eficaz y poder así que cada uno de los países tengan ordenamientos jurídicos preparados y eficaces en la prevención de lavado de dinero.

Conclusiones capítulo III

Los sistemas de cumplimiento normativo o compliance, se han convertido en el pilar de las prácticas de prevención de lavado de dinero y activos a nivel internacional, en muchos países como por ejemplo Estados Unidos, no solamente son exigidos para contrarrestar el lavado de dinero y activos, sino también para prevenir otros delitos como la corrupción, las estafas y los delitos de evasión de impuestos y se han vuelto un componente vital en el aparato organizacional de cada una de las grandes corporaciones de estos países.

La implementación de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido clave también en la expansión de los modelos de compliance, constituyendo estos un elemento vital en la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica y de los principales representantes de estas. La falta de los controles necesarios para la prevención de delitos dentro de las instituciones pueden ser desde multas proporcionales al beneficio obtenido hasta la disolución de la persona jurídica, El Salvador se acoge a un modelo de heterorresponsabilidad de la personas jurídica, a través de la figura del actuar por otro, se han regulado en materia de lucha contra el terrorismo, penas de disolución de las personas jurídicas, es necesario que se refuerce la obligatoriedad de los sistemas de compliance eficaz como mecanismo de prevención de delitos dentro y por los sujetos obligados.

Conclusiones Capítulo IV

La creación e implementación de los sistemas de compliance, no debe verse como una carga extra para las instituciones o plantearse como una burocratización de procedimientos extras que las áreas deben de cumplir, sino, debe de implementarse una cultura de cumplimiento desde la base de todos los empleados que sea respaldada por una ética empresarial sólida, no solamente en la prevención de lavado de dinero con clientes o proveedores, sino también los que puedan utilizar a la empresa como vehículo desde dentro de la institución.

Las faltas o deficiencias de los sistemas de compliance, parece ha sido delegado al derecho administrativo sancionador, siendo la superintendencia del sistema financiero la encargada de la imposición de sanciones administrativas a los sujetos obligados, este tipo de sanciones si bien es cierto podría tener un efecto disuasorio, parece que en la práctica no es así, ya que es común observar que la SSF, sigue iniciando procedimientos administrativos sancionadores en contra de instituciones financieras que no cumplen con los elementos de los sistemas de compliance.

Para que un sistema de compliance, pueda ser considerado efectivo es necesario que cuente con ciertas características, las cuales serán consideradas como un estándar al momento de evaluar si dichos elementos cumplen con la función que la ley les ha encomendado, la efectividad de estos sistemas de compliance radica en las contingencias que como sujeto obligado haya podido prever y detectar.

RECOMENDACIONES.

En nuestra legislación contra lavado de dinero y activos, si bien es cierto se cumple con los requisitos mínimos que los convenios internacionales y los documentos como las recomendaciones del GAFI estandarizan, es necesaria una revisión y actualización de la ley contra lavado de dinero que vaya más acorde a la realidad actual, incluyendo la prevención en las nuevas tecnologías, así como la obligatoriedad de la implementación de los sistemas de compliance en las instituciones del sector real, con iguales controles que los que posee el sistema financiero.

Las instituciones nacionales, responsables de verificar que los sujetos obligados cumplan con las disposiciones de la ley contra lavado de dinero y activos deben tener una participación más activa en la evolución e implementación de los sistemas de compliance, tanto para las instituciones financieras como no financiera, estas han dejado que las instituciones bancarias exijan el cumplimiento de un sistema de compliance a sus clientes, no interviniendo en el proceso de verificación de estos.

Las instituciones de fiscalización deben de establecer campañas más fuertes y tener una mayor participación en las políticas de prevención del delito de lavado de dinero, fomentar el actuar de los sujetos obligados bajo un enfoque basado en riesgo, exigiendo el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la ley contra lavado de dinero y activos.

Se debe tomar como ejemplos países como España, Colombia y México, poseen una Unidad de investigación financiera activa en la lucha contra el lavado de dinero, la cual brinda asistencia técnica a los sujetos obligados y contribuye a la implementación de un efectivo sistema de compliance por parte de los sujetos obligados, estos países documentan las tipologías que han sido utilizadas dentro de su territorio para lavar dinero y brindar todo tipo de asesorías con

respecto a ellas, así como capacitar y certificar a los oficiales de cumplimiento, constatando que estos cumplan con el requisito de estar debidamente capacitados como lo exige su ordenamiento jurídico.

Se debe aprobar una ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la cual se regulen mecanismos explícitos de imputación penal para las sociedades que son utilizadas para delinquir, no podemos negar en la actualidad que la empresa criminal forma parte ya de la moderna criminalidad y que estas organizaciones son participes constantes en la actividad criminal en nuestra realidad salvadoreña, muchas estructuras criminales se sirven de pequeñas empresas ya sea micro, pequeñas o medianas, para lavar los frutos del delito, bajo esta óptica es necesario también la modificación de las sanciones establecidas para las personas jurídicas como por ejemplo la pena de disolución no solamente para los delitos de terrorismo sino para otras figuras delictivas.

La unidad de investigación financiera debe realizar un papel más activo dentro del proceso de fiscalización, así como en la elaboración de las políticas públicas en prevención de lavado de dinero y activos. Los sistemas de compliance, deben dejar de ser vistos por las instituciones como meros requisitos de ley y deben valorarse con la importancia que en otros países se les otorga, los sistemas de compliance son herramientas eficaces de control del delito, y aportan la información necesaria que es utilizada en la etapa de investigación del proceso penal, ayudando de esta manera a luchar contra las grandes organizaciones criminales de lavado de dinero a nivel internacional.

INDICE BIBLIOGRÁFICO

LIBROS

- Arrollo Zapatero, Luis. EL derecho penal económico en la era del compliance. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2013.
- Caro John, José Antonio. Tratado angloamericano sobre compliance penal. Valencia. Tirant lo Blanch, 2021.
- Alarcón Garrido, Antonio. Manual teórico práctico del compliance Officer. Madrid. Editorial Sepin, 2016.
- Alonso Ontiveros, Miguel. Derecho Penal. Parte general. México. Editorial Ubijus, 2017.
- Bacigalupo, Enrique, Curso de Derecho Penal Económico, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- Bacigalupo Saggase, Silvina, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, un estudio sobre el sujeto del derecho penal, Madrid, Universidad autónoma de Madrid, 1997.
- Berruezo, Rafael. Criminal compliance y personas jurídicas. Buenos Aires. Editorial B d F, 2016.
- Bertazza, Humberto J. Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo, prevención, investigación y represión. Buenos Aires. La Ley S.A.E., 2012).
- Bock, Dennis. Compliance y deberes de vigilancia de la empresa, en Compliance y Teoría del Derecho Penal. Madrid. Marcial Pons, 2013.
- Carranca y Trujillo, Raúl. Derecho Penal mexicano: parte general. México D.F., Antigua Librería Robledo, 1965
- Carrau Criado, Rafael. Compliance para PYMES. Valencia. Tirant lo Blanch, 2016.
- Contreras, Javier Apuntes de Derecho Penal Económico, Asunción, Edición ICED, 2012.

- Caro John, José Antonio, Sobre el deber de informar a la Unidad de Inteligencia Financiera de determinadas operaciones sospechosas, (Lima, Ara Editores, 2011), p. 173.
- Donde Matute, Francisco Javier. Delitos Transnacionales. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2018.
- María Luisa Escalada, La responsabilidad penal de la persona jurídica, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2015.
- Espinoza, Renzo, El compliance como herramienta de prevención frente a la criminalidad empresarial, una mira desde la criminología moderna, Lima, Revista Vox Juris, 2017.
- Fabian Caparros, Eduardo A. Lavado de Activos: Estudio sobre la Prevención. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2020.
- Gálvez Villegas, Tomas Aladino. Autonomía del delito de lavado de dinero y activos. Cosa decidida y cosa juzgada. Lima. Ideas, 2016.
- García Moreno, Beatriz. Wistleblowing y canales institucionales de denuncias. Valencia. Tirant lo Blanch, 2015.
- Gómez Díez, Carlos-Jara. La responsabilidad penal de las empresas en los EE. UU. Sevilla. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.
- Gómez Díez, Carlos-Jara, Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas globales contemporáneas, Navarra, Thomson- Aranzadi, 2006.
- Gómez Tomillo, Manuel. Compliance Penal y Política legislativa. Valencia. Tirant lo Blanch, 2016.
- Gonzales ventura. Nociones generales sobre Derecho Penal Económico. Editorial Cuyo, 1998.
- Gutiérrez Chávez, Nadia Guadalupe. Estándar Probatorio en el delito de lavado de activos y su incidencia en el debido proceso respecto a la presunción de inocencia del procesado. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2019.

- Heine, Gunter. La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2001.
- Henao Cardona, Luis Felipe. Compliance: prevención de la corrupción pública y privada. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2020.
- Huallata, Angela Lucia, Lucha contra el lavado de activos en el Perú, Arequipa, Universidad Católica de San Pablo, 2019.
- Jorge Guillermo. Recuperación activos de la corrupción. Buenos Aires. Editorial Del Puerto, 2008.
- Kuhlen, Luthar. Cuestiones Fundamentales de Compliance y Derecho Penal. Madrid. Macial Pons, 2013.
- Martínez, Carlos. Derecho Penal Económico y de la empresa parte general. Valencia. Tirant lo Blanch, 2016.
- Martinez, Carlos. Derecho Penal Económico y de la empresa. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2015.
- Mendoza Llamacponcca, Fidel Nicolas. El delito Fuente en El Lavado de Activos. Lima. Anuario de Derecho Penal, 2013.
- Navarro Cardoso, Fernando. A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2020.
- Navas Moncada, Iván. El criminal compliance en el derecho comparado. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2019.
- Nieto Martín, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Madrid. Editorial Iustel, 2008.
- Nieto Martín, Adán. Legitimidade e efectividade dos programas de compliance. Sao Paulo, Tirant Lo Blanch, 2021.
- Nieto Martin, Adán. Manual de cumplimiento penal en la empresa. Valencia. Tirant lo blanch, 2015.

- Núñez, Ricardo. Derecho Penal Argentino. Parte General. Tomo II. Buenos Aires. Lerner Editora S.R.L,1960)
- Ocaña Be, Luis David. Compliance. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2019.
- Ontiveros Alonso, Miguel. GPS compliance. México. Tirant Lo Blanch, 2020.
- Ontiveros Alonso, Miguel. Manual básico para la elaboración de un criminal compliance program. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2018.
- Pérez Cepeda, Ana Isabel. El principio de justicia universal. Fundamento y límites. Valencia. Tirant lo Blanch, 2012
- Puig, Santiago Mir. Derecho Penal Parte General 9ª Edición. Barcelona. Editorial Reppertor, 2011
- Puyol, Javier. Criterios Prácticos para la elaboración de un código de compliance. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2016.
- Quevedo Quintero, Luis Fernando. La culpa en el lavado de activos, una extrapolación no viable. Mar de Plata. Felaban, 2011.
- Ragúes Valles, Ramón. El Fomento de las denuncias como estrategia de política criminal”. En “whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal. Madrid. Marcial Pons, 2013.
- Rayón Ballesteros, María Concepción. Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso. Sevilla. Ediciones Escorialenses, 2018.
- Rodríguez- García, Nicolás. Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas. Valencia. Tirant lo Blanch,2021.
- Rodríguez-García, Nicolas. Corrupción: Compliance, represión y recuperación de activos. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2019.
- Rotman, Edgardo. La prevención de delito. San José. Editorial Investigaciones Jurídicas, 1998.
- Roxin, Claus. La imputación Objetiva en Derecho Penal. Lima. Editorial Grijley, 2010.
- Rubio Lara, Pedro Angel. Manual teórico-practico de la teoría jurídica del delito. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2017.

- Salvo Ilabel, Nelly, Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014.
- Sanclemente, Javier, El derecho comercial: de la regulación al compliance, Bogotá, Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2020.
- Silva Sánchez, Jesús- María. La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid. Editorial Civitas, 2001.
- Silva Sánchez, Jesús María, Fundamentos del Derecho penal de la Empresa, Madrid, Editorial IB de F, 2013.
- Smith, Adam, La Riqueza de Las Naciones, Trad. Carlos Rodríguez Braun. Madrid Alianza Editorial, 2015.
- Stein, Eduardo. Siguiendo la ruta del dinero en Centroamérica. Guatemala. La Red, 2012
- Vargas, Álvaro. El Lavado de activos y la persecución de bienes de origen ilícito. Colombia. Universidad Sergio Arboleda. 2017.
- Witker Velásquez, Jorge, Introducción al derecho económico séptima edición, México D.F., Editorial McGraw-Hill, 2008.
- Zavalía Lagos, Hernán. Los Sujetos Obligados, Tratado de Lavado de activos y Financiamiento del terrorismo. Tomo II. Buenos Aires. Editorial La Ley, 2012.

REVISTAS

- Aguado Correa, Teresa Principio de inexigibilidad de otra conducta en las categorías del delito, San José, Revista digital de la maestría en ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, 2011.
- Arnone, Marco. International Anti-money laundering programs. Bingley. Journal of Money Laundering Control, 2020.

- Arroyo Zapatero, Luis. *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*. Castilla-La Mancha. Colección Estudios, 2003.
- Artaza Varela, Osvaldo. *Programas de cumplimiento*. La Coruña. *Revista Política Criminal*, 2013.
- Bermejo Marcos, Fernando. *La Globalización del Crimen Organizado*. San Sebastián. *Revista Eguzkilore*, 2009.
- Bonilla Garro, Gary. *Análisis sobre la aplicabilidad del delito de legitimación de capitales provenientes del narcotráfico en Costa Rica y bien jurídico*. San José. Universidad de Costa Rica, 2009.
- Bringas Flores, Sandra Maribel. *La función preventiva del Derecho penal*. Cajamarca, *Revista Jurídica Cajamarca*, 2001.
- Miguel Ángel Boldova, *La introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica*, Zaragoza, *Revista estudios penales y criminológicos*, 2013.
- Cárdenas Castañeda, Fabian. *A call for rethinking the sources of international law: soft law and*. México D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.
- Carrion Zenteno, Andy. *Criminal Compliance*. Lima. FCB Ediciones S.A.C., 2014.
- Chavarría Cedillo, Silvia. *La normatividad internacional en materia de lavado de dinero y su influencia en el sistema jurídico mexicano*. México D.F. Dirección General de Estudios Legislativos, 2016.
- Chanjan, Rafael H. *Repercusiones jurídico-penales del criminal compliance. A propósito de la regulación española*, Medellín, *Revista Nuevo Foro Penal*, 2020.
- Corbino, Mariano *La corrupción y su vínculo con el lavado de dinero*. La Plata. Universidad Nacional de La Plata, 2020.
- Cuesta Sahuquillo, María Teresa. *Crimen Organizado Transnacional y seguridad*. Madrid. Instituto Universitario General Gutiérrez mellado, 2011.
- Di Robilant, Anna. *Genealogies of Soft Law*. *The American Journal of Comparative Law*. Boston. American Society of Comparative law, 2006.

- Díaz Menaya, José Enrique, Gobierno del riesgo de cumplimiento, relación entre auditoría interna y cumplimiento normativo. Madrid. The Institute of Internal Auditors, 2018.
- Duplessis, Isabelle. “Le vertige et la soft law: réactions doctrinales en droit international. Montreal. Hors-Série, 2007.
- Encinar del Pozo, Miguel Angel. El delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal. Madrid. Universidad Complutense de Madrid. 2015.
- Espín, Rosa. El canal de denuncias internas en la actividad empresarial como instrumento del compliance. Barcelona. Universidad Autónoma de Barcelona, 2017.
- Espinoza Mondragón, Braulio. Política Criminal y Prevención del Delito Hoy. Una Propuesta de Modelo de Prevención para el Municipio de León, basado en la Participación Ciudadana. San José, Universidad Estatal a Distancia, 2007.
- Ferré Olivé, Juan Carlos, El actuar por otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del derecho penal tributario y de la seguridad social, México D.F., Revista Penal México, 2016.
- García Cavero, Percy, Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Santiago de Chile, Revista de Estudios de la Justicia, 2012.
- Gonzales Sierra, Pablo, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Granada, Universidad de Granada, 2012.
- Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera, Carta del Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera, (2013) Pág. 8.
- Hasmet Sarigul, Money Laundering and the abuse of the financial system, (Istanbul, Mevlana (Rumi) University, Turkey, 2013), Pag. 292.
- Hernández Salmerón, Guillermo A. México y la convención de Las Naciones Unidas Contra la corrupción. México D.F., Revista Mexicana de Política Exterior, 2006.
- Keegan, Warren. Multinational scanning: A study of the information sources utilized by headquarters executives in multinational companies. New York: Administrative Science Quarterly, 1974.

- Lascurian, Juan Antonio. Los programas de cumplimiento de prudencia penal. Madrid. Universidad Autónoma de Madrid, 2015.
- Lorenzo Salgado, José Manuel. Normativa Internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español. La Coruña. Universidad Santiago de Compostela, 2001.
- Lozano Cutanda, Blanca. La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo. Madrid. Revista de Administración Pública, 1992.
- Lucas Colazo, Omar. Fenómeno de Anticipación de la Barrera Punitiva del Derecho Penal y Política Criminal en las Últimas Reformas del Código Penal, Tesis Doctoral. Murcia. Universidad de Murcia, 2017.
- Magaña Duplancher, Arturo. La Convención de la OCDE, la ONU y la OEA en materia de combate a la corrupción y su implementación en México. México D.F. Centro de estudios Internacionales Gilberto Bosques, 2013.
- Mandrí Zárate, Jesús. Guía para la implementación del compliance en la empresa. Barcelona. Wolters Kluwer, S.A, 2017.
- Manual sobre la aplicación eficaz de las directrices para la prevención del delito. Viena. UNODC, 2011.
- Martínez Ventura, Jaime. Armonización de la legislación contra el crimen organizado en Centroamérica. Bogotá. Fundación Friedrich Ebert Fescol, 2012.
- Mendoza Llamapconcca, Fidel Nicolás. La determinación del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales (art. 301 CP) a la luz de la normativa internacional. Salamanca. Universidad de Salamanca, 2012.
- Mesa Pérez, Enrique. Guía para la implementación de un sistema de compliance en las PYME. Burgos. Universidad de Burgos, 2017.
- Monreal Ávila, Eulogio. La potestad sancionadora en la prevención del blanqueo de capitales. Madrid. Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- Neira, Ana María, La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal. La coruña. Revista de política Criminal, 2016.

- Nieto Martín, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal. Suiza, Anuario de Derecho Penal, 2013-2014.
- Perotti, Javier. La problemática del lavado de dinero y sus efectos globales: Una mirada a las iniciativas internacionales y las políticas argentinas, Centro Argentino de Estudios Internacionales. Salta, Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2009).
- Pineda Ribera, Verónica Alexandra. Administración del riesgo de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo en la banca electrónica de una institución financiera ecuatoriana: apertura de cuentas online y uso de ATM's. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar, 2019.
- Pozo Torres, Juan Francisco. Compliance y posición de garante: imputación de hechos delictivos al compliance Officer. Madrid. Revista Foro, 2020.
- Rangel Romero, Xóchitl Guadalupe. Política Criminal en materia de prevención del delito de Vicente Fox a Felipe Calderón: retos y perspectivas. Puebla, Revista de investigación en derecho, criminología y consultoría, 2017.
- Raza Castañeda, Stalin. La función del Compliance en el análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Quito. Revista Cap. Jurídica Central, 2016) Pag. 248
- Rodríguez Cárdenas, Juan Pablo. Personas Expuestas Políticamente (PEPs). Bogotá, Asobancaria, 2016.
- Sagastume Galán, Wilson Edgardo. La participación delictiva en la criminalidad organizada. San Salvador, Revista Ventana Jurídica, 2013.
- Sanz Carrasco, Raúl. Los programas de cumplimiento normativo y la prevención del delito. Madrid. Universidad de Alcalá, 2018.
- Sanz, Rafael. El soft law como fuente del derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad, Brasilia. Brazilian Journal of international law, 2017.
- Sánchez Bernal, Javier, Responsabilidad de las personas jurídicas, Salamanca, Cuadernos del Tomás, 2012.
- Saravia Dueñas, José Miguel. Expansión del Derecho Penal, delincuencia y delitos contra el orden socioeconómico. San Salvador, Revista Derecho IV, 2020.

- Sendra, José Gimeno. Dictamen sobre compliance. Código de buena conducta de las personas jurídicas. Madrid, Consejo de la abogacía, 2012.
- Terradillos, Juan María, Derecho Penal Económico. Lineamientos de política penal, México D.F., Revista del instituto de ciencias jurídicas, 2015.
- Tiedemann, Klaus. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. México D.F., Anuario de Derecho Penal, 1996.
- Torres de Lascano, Mauricio, Utilización del sector financiero para el lavado de dinero: perspectiva desde la legislación ecuatoriana. Barranquilla. Universidad de la Costa, 2018.
- Toso Milos, Angela. El oficial de cumplimiento en el marco de un modelo integrado de compliance en las sociedades anónimas. Guayacán. Revista Universidad Católica del Norte, 2021.
- Víctor Cabezas, La ley FCPA, ¿un caso de jurisdicción universal? Quito. Universidad San Francisco de Quito, 2015.
- Vidaurri Arechiga, Manuel. Criminología y compliance. México D.F. Revista Ujat, 2019.

JURISPRUDENCIA

- Cámara Segunda de lo penal de la Primera Sección del Centro, Ref. 262-16. San Salvador, Corte Suprema de Justicia 2016.
- Cámara Segunda de lo penal de la Primera Sección del Centro, Ref. 262-16. San Salvador. Corte Suprema de Justicia, 2016).
- Cámara Segunda de lo penal de la primera sección del centro, Sentencia 262-16, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016).
- Cámara primera de lo Penal, INC-APEL-141-SD-2018, San Salvador, Corte Suprema de justicia, 2018.
- Sala de lo Constitucional, Controversia 1-2018. San Salvador. Corte Suprema de Justicia, 2019.

- Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad Ref. 03-2012. San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012.
- Sala de lo Constitucional, Amparo 408-2009, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011.
- Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 6-2020/7-2020/10-2020/11-2020, Corte Suprema de Justicia, 2020.
- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 21-2005, (San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2005).
- Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ref. Sentencia 222C-2013. San Salvador. Corte Suprema de Justicia, 2014.
- Sala de lo Penal, 10- C-2013, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.
- Sala de lo Penal, Sentencia 10-C-2013, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.
- Corte Suprema de Justicia, 59-S-2014. San Salvador. Corte Suprema de Justicia, 2014.
- Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ref. 22-CAS-2015. San Salvador. Corte Suprema de Justicia, 2015.
- Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, 8-CAS-2015. San Salvador. Corte Suprema de Justicia, 2015
- Cámara Tercera de lo Penal de la primera sección del centro. INC. 229-2015. Corte Suprema de Justicia, 2015
- Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, 107-CAS-2008. San Salvador. Corte Suprema de Justicia, 2008
- Sala de lo Penal de la Corte suprema de Justicia, 222-C-2013. Corte suprema de Justicia. San Salvador, 2013
- Sala de lo penal de la Corte Suprema de Justicia 22-CAS-2015, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016.
- Sala de lo Penal de la Corte suprema de Justicia. Ref. 228-CAS-2004. Corte suprema de Justicia. San Salvador,2004.

- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Ref. 27-2018. San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018.
- Sala de lo constitucional, Sentencia 109-2016, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019.

FUENTES ELECTRONICAS

- Grupo Wolfsberg, Wolfsberg preguntas frecuentes sobre personas expuestas políticamente, (Suiza, Wolfsberg Group). file:///D:/1/CAPITULOS/CAPITULO%20III-%20PIES%20DE%20PAGINA/109.%20faq-peps-spanish_unlocked.pdf, visto el 13 de octubre de 2021.
- Bedecarratz, Javier. La indeterminación del Criminal Compliance y el principio de legalidad. Santiago. Revista Política Criminal, 2018., http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A6.pdf, visto el día 23 de septiembre de 2021.
- Comisión Nacional de Bancos y Seguros, <https://pplaft.cnbs.gob.hn/lista-onu/>, visto el veinticinco de agosto de 2021
- Consejo directivo de la superintendencia del sistema financiero, Normas de gobierno corporativo para las entidades financieras, (San Salvador, Superintendencia del sistema financiero, 2015) https://www.ssf.gob.sv/html_docs/boletinesweb/bmarzo2013/contenido/Normas/bancos/NPB4-48.pdf, visto el día 8 de octubre de 2021.
- Grupo de Acción Financiera Internacional, Las 40 recomendaciones del GAFI, <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/407-fatf-recomendacion-1-evaluacion-de-riesgos-y-aplicacion-de-un-enfoque-basado-en-riesgo>, visto el 12 de septiembre de 2021.
- Grupo de Acción Financiera Internacional, Quienes somos, <https://www.fatf-gafi.org/about/>, visto el ocho de septiembre de 2021.

- Grupo de Acción Financiera, Money or Value Transfer Services. (París, GAFI, 2017), Pág. 12, <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/rba-money-or-value-transfer.html>.
- Infolat, La convención de Palermo contra el FT, <https://www.infolat.com/la-convencion-de-palermo-contra-el-ft/>, Visto el veintisiete de agosto de 2021.
- Morgan Chase, Wolfsberg preguntas frecuentes sobre personas expuestas políticamente, (Ermatingen, Wolfsberg Group), <https://www.wolfsbergprinciples.com/sites/default/files/wb/pdfs/translations/spanish/109.%20faq-peps-spanish.pdf>, visto 20 de enero de 2022.
- Neira Pena, Ana María. La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal. Santiago. Política Criminal, 2016., <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v11n22/art05.pdf>, visto el día veintitrés de septiembre de 2021.
- Recomendación 1 del GAFI: Los países deben identificar, evaluar y entender sus riesgos de lavado de activos/financiamiento del terrorismo, y deben tomar acción, incluyendo la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar los riesgos, y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen eficazmente los riesgos. Con base en esa evaluación, los países deben aplicar un enfoque basado en riesgo (EBR) a fin de asegurar que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo sean proporcionales a los riesgos identificados. Este enfoque debe constituir un fundamento esencial para la asignación eficaz 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, <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/407-fatf-recomendacion-1-evaluacion-de-riesgos-y-aplicacion-de-un-enfoque-basado-en-riesgo>, visto veinte de septiembre de 2021.

- Red de Seguridad y Defensa de América Latina, La Globalización y el riesgo del crimen organizado internacional, <https://www.resdal.org/Archivo/d00001bb.htm>, revisado el veintisiete de agosto de 2021.
- Red de Seguridad y Defensa de América Latina, La Globalización y el riesgo del crimen organizado internacional, <https://www.resdal.org/Archivo/d00001bb.htm>, revisado el veintisiete de agosto de 2021.
- Secretaria de hacienda y crédito público, Convocatoria para la <https://www.cnbv.gob.mx/Normatividad/Convocatoria%20para%20la%20certificaci%C3%B3n%20en%20materia%20de%20prevenci%C3%B3n%20de%20operaciones%20con%20recursos%20de%20procedencia%20il%C3%ADcita%20y.pdf>, visto el día 5 de octubre de 2021.
- Secretaria de hacienda y Crédito Público, Grupo de Acción Financiera Internacional, (Comisión Nacional Bancaria y de valores,) https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/80948/VSPG_GAFI___13042016.pdf visto el 9 de septiembre de 2021.
- Secretaría de prevención de lavado de dinero y activos, ¿En qué consiste la evaluación mutua? <https://www.seprelad.gov.py/en-que-consiste-la-evaluacion-mutua-n238>, Visto el día doce de septiembre de 2021.
- Secretaría de prevención de lavado de dinero y activos, ¿En qué consiste la evaluación mutua?, <https://www.seprelad.gov.py/en-que-consiste-la-evaluacion-mutua-n238>, Visto el día doce de septiembre de 2021.
- Transparencia Internacional, es un movimiento global, que trabaja en más de 100 países para poner fin a la injusticia de la corrupción, véase <https://www.transparency.org/en/about>, visto el 13 de octubre de 2021.