

## COMPLIANCE Y LAVADO DE ACTIVOS

PERCY GARCÍA CAVERO<sup>1</sup>

*Fecha de entrada: 25/05/2015.*

*Fecha de publicación: 17/06/2015.*

**Resumen:** Pese al hecho de que el instituto de la “Compliance” tuvo su origen en regulaciones privadas nacidas en el ámbito empresarial, el autor en este artículo analiza su regulación por parte del Derecho Penal, especialmente, desde la óptica del lavado de activos previsto en la legislación argentina.

**Summary:** Despite the fact that the institution of “Compliance” was originally taken from private rules, mainly related to business environment, in this article the author analysis its regulation by the Criminal Law and, specially, from the point of view of laundry crimes established in the argentinian legislation.

**Palabras clave:** Compliance. Lavado de Activos.

**Keywords:** Compliance. Laundry Crimes.

### I. Compliance

El término *compliance* proviene del verbo en inglés “to comply with” que significa “cumplir con”<sup>2</sup>. Desde hace buen tiempo se ha venido utilizando en el ámbito médico para significar el cumplimiento riguroso, por parte del paciente, de la indicación terapéutica<sup>3</sup>. Sin embargo, en los últimos años se ha difundido ostensiblemente su uso en el lenguaje empresarial con la finalidad de caracterizar la

---

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Piura.

<sup>2</sup> Vid. ENGELHART, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*, 2. Aufl., Freiburg i.Br., 2012, p. 40; ROTSCH, «Criminal Compliance», *InDret* 1/2012, p. 1, aunque indica que también puede significar “capacidad de aprendizaje”.

<sup>3</sup> Así, ENGELHART, *Sanktionierung*, p. 40 y s.; BOCK, *Criminal compliance*, Baden-Baden, 2011, p. 19; ROTSCH, «Compliance und Strafrecht – Konsequenzen einer Neuentdeckung», en *Festschrift für Erich Samsom zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2010, p. 141.

observancia de las leyes por parte de los miembros de la empresa. Ello se debe a que en la actualidad las empresas están optando mayoritariamente por conformar sistemas de cumplimiento normativo por razones de orden empresarial<sup>4</sup>. Ante esta situación, el sistema jurídico ha empezado progresivamente a enlazar consecuencias jurídicas específicas al hecho de que la empresa haya incorporado o no un *compliance*. A los estudios jurídicos les corresponde entrar en este último aspecto, aunque sin renunciar a una visión general del tema que evidentemente abarca la perspectiva empresarial.

De manera general, puede decirse que la finalidad del *compliance* es asegurar la observancia de la ley en las actividades empresariales (“*to be in compliance with de law*”). Esta finalidad esencial se bifurca, a su vez, en dos objetivos diferenciados. Por un lado, se procura evitar la realización de conductas infractoras de la ley (función de prevención). Por otro lado, si las infracciones legales igualmente se producen, la actitud de fidelidad al Derecho por parte de la empresa se traduce en la implementación de mecanismos y procedimientos para su oportuna detección y eventual comunicación a las autoridades correspondientes (función de confirmación del Derecho)<sup>5</sup>.

La asignación de funciones de prevención y detección de las infracciones legales al *compliance* pone en evidencia que el aseguramiento de la vigencia efectiva de la regulación legal deja de estar en las manos exclusivas del Estado, pasando ahora la empresa a ser un activo colaborador en el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad<sup>6</sup>. Este nuevo panorama se explica fundamentalmente por el hecho indiscutido de que el Estado no se encuentra más en capacidad de poder asegurar con sus mecanismos de dirección (en especial, la regulación y la supervisión) la

---

<sup>4</sup> Conforme a una encuesta de carácter mundial realizada por la conocida firma PriceWaterhouseCooper, el 94% de las empresas norteamericanas y el 61% de las empresas alemanas, contaban con programas de cumplimiento normativo. Vid., con detalle, PriceWaterhouseCooper (Hrsg.), en *Wirtschaftskriminalität 2007 – Sicherheitslage der deutschen Wirtschaft*, 2007, p. 45.

<sup>5</sup> Así, destacan GOLDSMITH/KING, «Policing corporate crime: The dilemma of internal compliance programs», *Vanderbilt Law Review* 50 (1997), pp. 3, 9; ENGELHART, *Sanktionierung*, p. 650, que el *compliance* apunta a evitar o, en todo caso, detectar las conductas ilícitas.

<sup>6</sup> Vid. BOCK, *Criminal Compliance*, p. 222 y ss., destacando las razones por las que resulta necesario este cambio de paradigma en el control estatal. Igualmente, GÓMEZ-JARA DIEZ, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bajo/Feijoo/Gómez-Jara, Madrid, 2012, p. 113 y s.

observancia del Derecho en el ámbito empresarial, por lo que tiene que recurrir a la mejor posición de la empresa para impedir o detectar las infracciones legales.

## II. Criminal compliance

El término *compliance* puede caracterizarse en función del específico ámbito jurídico en el que repercute. Se habla, por ejemplo, de *anti-trust-compliance* en relación con el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia, de *tax compliance* si se trata de la normativa tributaria, o de *trade compliance* cuando tiene que ver con la normas de comercio exterior<sup>7</sup>. Bajo esta lógica se hace uso también de la expresión *criminal compliance* para referirse a aquél que procura la observancia específica de la normativa penal.

Pese a la posibilidad de distinguir el *compliance* en función del ámbito jurídico involucrado, lo usual es que las empresas cuenten con un programa de cumplimiento general, en el que la observancia de la ley engloba los diversos sectores jurídicos comprometidos. Y es que la distinción de los ámbitos jurídicos involucrados poco importa en el *compliance*, en la medida en que lo que le interesa a la dirección de la empresa es simplemente evitar los costos de las infracciones legales en general<sup>8</sup>. Esto no es, sin embargo, una regla absoluta, pues también resulta posible que, en atención a la especial exposición a un riesgo de infracción legal, una empresa opte excepcionalmente por elaborar un *compliance* sectorial que se ocupe de asegurar el cumplimiento de las normas de un ámbito jurídico específico. Conforme a lo anterior, en el caso de las normas jurídico-penales, el *criminal compliance* se puede entender como la parte penal del *compliance* general<sup>9</sup> o como un *compliance* sectorial referido específicamente a la observancia de disposiciones jurídico-penales.

<sup>7</sup> Vid., al respecto, BOCK, *Criminal compliance*, p. 21.

<sup>8</sup> En este sentido, BOCK, *Criminal compliance*, p. 278.

<sup>9</sup> Así, BOCK, «Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion – § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance », *ZIS* 2/2009, p. 70, al indicar que el *criminal compliance* es el capítulo jurídico-penal en el marco general del *compliance*.

No existe una norma jurídica general que imponga a las empresas el deber de implementar un programa de cumplimiento que asegure la observancia de las leyes penales<sup>10</sup>. Si bien a los directivos de la empresa les alcanza el deber jurídico-penal de controlar los riesgos derivados de la actividad empresarial<sup>11</sup>, este deber no precisa que sea a través de la conformación de un *criminal compliance*, sino que en cuanto a su forma de acatamiento existe plena libertad organizativa. Por lo tanto, será la propia empresa la que evalúe si su deber de evitar la generación de riesgos penalmente relevantes se debe hacer por medio de un sistema de cumplimiento normativo penal o a través de otros mecanismos. La regla general de la voluntariedad en la adopción de un *criminal compliance* tiene, sin embargo, sus excepciones. En algunos casos, el propio legislador exige a la empresa la adopción de un sistema de cumplimiento normativo en relación con ciertos riesgos penalmente relevantes, llegando incluso a definir legalmente ciertos aspectos que deben ser necesariamente tenidos en cuenta en la conformación del *compliance*. Se abandona así la lógica de la autorregulación y se entra claramente en el plano de la intervención estatal. Esto se presenta, por ejemplo, en el caso del lavado de activos.

Al igual que el *compliance* general, el *criminal compliance* procura la observancia de la normativa legal, específicamente la jurídico-penal, mediante una labor de prevención de los delitos y, en caso éstos se produzcan, mediante su oportuna detección y puesta en conocimiento a los órganos de persecución penal correspondientes. Estos objetivos del *criminal compliance* repercuten en el sistema jurídico-penal doblemente. Por un lado, el sistema de cumplimiento penal debe llevar a una reducción del número de infracciones penales realizadas en el ámbito de la empresa. Por otro lado, el *criminal compliance* debe poner de manifiesto una actitud de fidelidad al Derecho por parte de la empresa que, en caso de verificación de un delito,

---

<sup>10</sup> Situación común en muchos países, como, por ejemplo, en España. Así, explícitamente, CLEMENTE CASAS/ÁLVAREZ FEIJOO, «¿Sirve de algo un programa de *compliance* penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en la LO 5/2010: Incertidumbres y llamado por la seguridad jurídicas», *Actualidad Jurídica*, Estudio Uría Menéndez, 28 (2011), p. 27.

<sup>11</sup> Vid. con mayores referencias, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico*, PG, 2ª ed., I, Lima, 2007, p. 712 y ss.

debe influir en los criterios de imputación o en la imposición de la sanción penal correspondiente.

En cuanto a la prevención de los delitos, el *criminal compliance* constituye un esfuerzo serio por minimizar los riesgos de responsabilidad penal de la empresa, de sus órganos y trabajadores a través de la incorporación de medidas preventivas eficaces en el marco de la organización empresarial. No se trata, como podría malinterpretarse, de un mecanismo que apunta a preservar a los miembros directivos de la empresa de una imputación penal por los delitos acaecidos en el ámbito empresarial<sup>12</sup>. Esta perspectiva llevaría simplemente a un traslado de la imputación penal de los directivos a otros trabajadores de la empresa, con costos empresariales igualmente desastrosos como multas, indemnizaciones, daño reputacional o pérdida de capacidad competitiva<sup>13</sup>. Lo que se persigue es, por el contrario, la efectiva disminución de los riesgos de infracción penal a través de la adopción de diversas medidas preventivas.

Para que el *criminal compliance* cumpla realmente la función de prevención de delitos que se le asigna, deben darse dos condiciones esenciales. Por un lado, dicho mecanismo empresarial debe ser realmente eficaz para evitar la realización de delitos en el marco de las actividades de la empresa y no simplemente una idea especulativa o una estrategia de marketing. Por el otro, no basta con que la regulación legal recomiende, estimule e incluso disponga la conformación de un *criminal compliance* en la empresa, sino que deben darse las condiciones para que tal conformación resulte económicamente atractiva para las empresas. Si la propia existencia o viabilidad económica de la empresa se contraponen finalmente a la lógica del cumplimiento normativa, queda claro que de nada servirá que la legislación promueva la conformación de este tipo de mecanismos empresariales.

La implementación de un programa de cumplimiento penal no sólo tiene un efecto preventivo innegable, sino que constituye también un mecanismo que repercute en la imputación penal por los delitos que, pese a todo, pudiesen haberse cometido. Por

---

<sup>12</sup> Así lo destaca ROTSCH, *FS-Samsom*, p. 157 y s.

<sup>13</sup> Vid., en este sentido, ROTSCH, *InDret* 1/2012, p. 6.

un lado, el hecho de haber desarrollado, implementado y puesto en práctica un programa de cumplimiento idóneo para evitar las infracciones penales, incide decisivamente como criterio de exclusión de la responsabilidad penal por el delito cometido en la estructura empresarial. Por otro lado, el que sea la misma empresa la que detecte y comunique a las autoridades correspondientes el delito cometido o no, puede conllevar consecuencias de diversa índole en la imposición de la pena correspondiente. Finalmente, el programa de cumplimiento levanta ciertas dificultades dogmáticas de la imputación penal, pues define, por un lado, de los diversos ámbitos de responsabilidad entre los miembros de la empresa en relación con la evitación de infracciones penales que desvanece el riesgo de que nadie asuma la competencia penal por el delito, así como también reduce la incidencia de supuestos de error a partir de los claros parámetros que da a los trabajadores sobre cuál es el comportamiento ajustado a Derecho.

### **III. Lavado de activos**

Conforme a lo establecido por la legislación nacional vigente, programas de cumplimiento de carácter penal deben ser incorporados en relación con el lavado de activos<sup>14</sup>. La Ley de Creación de la Unidad de Inteligencia Financiera (en adelante UIF) establece que, para poder impedir o detectar la realización de actos de lavado de activos, los llamados sujetos obligados deben implementar un sistema de prevención y detección de actividades de lavado de activos en su ámbito de actuación<sup>15</sup>. En el caso de las empresas, se atribuye al directorio la responsabilidad de implementar este sistema. Si la empresa cuenta con una organización compleja, se debe nombrar incluso a una persona, con estatus directivo, que se encargará de la implementación, funcionamiento y mejoramiento del sistema prevención y detección. A este miembro de la empresa la ley califica de oficial de cumplimiento, lo que evidencia que el

---

<sup>14</sup> Igualmente, en la regulación alemana, SIEBER, «Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht», en *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, p. 456.

<sup>15</sup> Vid. LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, Lima, 2000, p. 88 y ss.



sistema de prevención y detección de actos de lavado de activos constituye un programa de cumplimiento sectorial.

Para que la empresa obligada pueda elaborar el sistema de prevención legalmente exigido debe contar con un conocimiento adecuado del mercado financiero, bursátil y comercial que le permita determinar las características de las operaciones que se realizan por intermedio de ella (artículo 14 de la Ley de creación de la UIF)<sup>16</sup>. Si bien cada empresa debe ajustar su sistema de prevención y detección de lavado de activos a las particularidades de su actividad, la normativa contra el lavado de activos establece ciertos parámetros específicos que deben ser necesariamente incorporados en dicho sistema bajo sanción. Por lo tanto, se abandona, en este punto, la idea de la autorregulación de las empresas y se asume un control estatal puro conforme a la lógica del comando y control<sup>17</sup>.

Uno de las medidas de cumplimiento legalmente establecidas es la identificación del cliente. Los sujetos obligados a informar deben identificar plenamente a sus clientes habituales u ocasionales al momento de iniciar las operaciones comerciales. Esta identificación requiere la presentación de los documentos de identidad correspondientes (deber de verificación). Asimismo, se establece el deber de adoptar medidas razonables para obtener, registrar, verificar y actualizar permanentemente la información sobre la verdadera identidad de sus clientes.

El sistema de prevención y detección de actos de lavado debe también contener un registro de las operaciones. En efecto, los sujetos obligados a informar deben registrar mediante sistemas manuales o informáticos diversas operaciones de disposición de bienes. La Ley 27693 establece cuáles son las operaciones que deben

---

<sup>16</sup> Así, sobre el conocimiento del mercado, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, Lima, 2007, p. 52.

<sup>17</sup> Vid., en este sentido, UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, «Prevención del lavado de activos: Tendencias en la regulación peruana según la Resolución SBS N° 6561-2009», en *El Derecho penal económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales*, Pérez Bejarano (coord.), Lima, 2011, p. 231.

registrarse (artículo 9.2.)<sup>18</sup>, siempre que sean iguales o superiores a diez mil dólares americanos o su equivalente en moneda nacional (artículo 6 del Reglamento). En el caso de varias operaciones realizadas en un mes calendario, el deber de registro surge cuando dichas operaciones en conjunto iguallen o superen los cincuenta mil dólares americanos o su equivalente en moneda nacional (control de *smurfing*). Esta obligación cambia para las empresas de transferencia de fondos, casinos, sociedades de lotería y casas de juego, incluyendo bingos, hipódromos y sus agencias, en tanto el deber de registro surge con montos inferiores (dos mil quinientos dólares y diez mil dólares respectivamente). Los datos que debe contener el registro exigido también se encuentran especificados por los artículos 9.3. de la Ley de creación de la UIF y 7.1 de su Reglamento. La obligación de registro se levanta cuando se trata de clientes habituales de los que consta su actividad lícita (artículo 9.5 de la Ley)<sup>19</sup>.

Un punto central del sistema de prevención y detección del lavado de activos es, sin duda, el deber legalmente impuesto de comunicar las operaciones sospechosas o inusuales detectadas. Los sujetos obligados deben comunicar a la UIF las operaciones sospechosas o inusuales que detecten en el curso de sus actividades<sup>20</sup>. La propia ley define en su artículo 11.3 en qué consisten las transacciones sospechosas o inusuales. Se definen como transacciones sospechosas aquéllas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presume proceden de alguna actividad ilícita o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente<sup>21</sup>. En el Reglamento de la ley se agrega como criterio para determinar el carácter sospechoso de una operación, la información con que cuenta el sujeto obligado a informar sobre su cliente (artículo 11.2), por lo que resulta necesario identificar

<sup>18</sup> Vid. sobre el deber de registro, REICH, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 5, n.m. 37 y ss.

<sup>19</sup> Vid. LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, p. 92 y s.

<sup>20</sup> Sobre el deber de comunicación de sospecha, REICH, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 5, n.m. 41; LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, 81 y ss.; GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, 2ª ed., Lima, 2009, p. 363 y ss.

<sup>21</sup> Vid., más ampliamente, LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, p. 67 y ss.



adecuadamente al cliente (*know your customer*)<sup>22</sup>. Las transacciones inusuales se definen, por su parte, como aquéllas cuya cuantía, características y periodicidad no guardan relación con la actividad económica del cliente, salen de los parámetros de normalidad vigente en el mercado o no tienen un fundamento legal evidente<sup>23</sup>. En el Reglamento de la ley se señala adicionalmente que para determinar lo inusual de una operación debe ponerse especial atención en todas las operaciones realizadas o que se pretendan realizar (artículo 11.5).

Dentro de las medidas que debe necesariamente incorporar el programa de cumplimiento en el ámbito del lavado de activos, cabe destacar también la implementación de manuales o códigos de conducta. A los sujetos obligados a informar se les impone legalmente el deber de elaborar y poner en práctica manuales y códigos de conducta para sus trabajadores, con la finalidad de asegurar el correcto funcionamiento del sistema de prevención de lavado de activos (artículo 15 del Reglamento de la Ley de creación de la UIF). Por otra parte, los obligados a informar deben también desarrollar programas de capacitación para instruir a sus trabajadores sobre las normas y procedimientos vigentes para evitar o detectar conductas de lavado de activos (artículo 17.3 inciso 8 del Reglamento de la Ley de creación de la UIF), de manera que exista una permanente actualización sobre las formas de operar de las personas dedicadas a blanquear capitales<sup>24</sup>.

En cuanto a las medidas organizativas, la legislación en materia de lavado de activos exige que las empresas cuenten con un oficial de cumplimiento que se encargue de vigilar, junto con el directorio y el gerente general de los sujetos obligados a informar, el cumplimiento del sistema para detectar operaciones sospechosas de lavado de activos<sup>25</sup>. Las empresas o personas obligadas que por el tamaño de la organización, complejidad y volumen de transacciones no se justifique contar con un funcionario a

---

<sup>22</sup> Sobre el deber de identificación, REICH, *HbWiStR*, Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), 2. Aufl., 5, n.m. 31 y ss.; LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, p. 79 y s. Sobre la política específica de prevención del “conozca a su cliente” (PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 52; LAMAS PUCCIO, *op. cit.*, pp. 26 y ss., 64 y ss.).

<sup>23</sup> Vid. LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, p. 75 y ss.

<sup>24</sup> Vid. PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos*, p. 53.

<sup>25</sup> Vid., con mayor detalle sobre las funciones del oficial de cumplimiento, LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, p. 90 y s.

dedicación exclusiva, designarán a un ejecutivo de nivel de gerencia para que asuma estas responsabilidades<sup>26</sup>. En el caso de las personas naturales obligadas a informar, éstas deben asumir las funciones del oficial de cumplimiento en lo que les fuera aplicable. El oficial de cumplimiento está obligado a elaborar un informe trimestral al Presidente del directorio del sujeto obligado, informando sobre su gestión. Asimismo, debe emitir un informe semestral sobre el funcionamiento y el nivel de cumplimiento del sistema de detección del lavado de activos por parte del sujeto obligado. Este informe debe ser puesto en conocimiento también del Presidente del directorio, así como de la UIF y el órgano de supervisión correspondiente<sup>27</sup>.

En el caso de las empresas, la normativa de lavado impone otro mecanismo de control adicional a la figura del oficial de cumplimiento. La auditoría interna y externa de las empresas obligadas a informar deben verificar el cumplimiento del sistema de prevención del lavado de activos del sujeto obligado establecido por la normativa general o sectorial correspondiente<sup>28</sup>. Concretamente, la auditoría interna tiene que formular un plan de auditoría especial del programa de prevención de lavado de dinero o de activos, orientado a mejorar el sistema de control interno. El resultado de los exámenes aplicados deberá incluirse como anexo al informe del oficial de cumplimiento. En el caso de sujetos obligados a informar que deban someterse a una auditoría externa, un auditor externo, distinto al que audita los estados financieros, deberá emitir un informe especial con fin propio, no complementario del informe financiero anual, en el que se establezcan los incumplimientos a las disposiciones sobre prevención del lavado de activos establecidas por ley o por el órgano supervisor correspondiente (artículo 22.4 del Reglamento)<sup>29</sup>. El contenido mínimo de este informe se encuentra especificado en el artículo 23 del Reglamento.

---

<sup>26</sup> Vid. LAMAS PUCCIO, *Inteligencia financiera y operaciones sospechosas*, Lima, 2008, p. 235.

<sup>27</sup> Vid. LAMAS PUCCIO, *Inteligencia financiera*, p. 234.

<sup>28</sup> Vid. LAMAS PUCCIO, *Inteligencia financiera*, p. 238.

<sup>29</sup> Vid. LAMAS PUCCIO, *Transacciones financieras sospechosas*, p. 94 y s.