

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

NICOLÁS PEREYRA.

1. INTRODUCCIÓN

En nombre de la protección de bienes jurídicos supra individuales (valores que afectan al denominado conglomerado social) se ha sancionando legislación de emergencia ¹ la cual cumple compromisos internacionales en la materia que el Estado ha asumido con organismos internacionales.² Es así que algunos autores -como Adriasola- hablan de un nuevo derecho penal cuyo principal elemento es la información, es preventivo e incluye agentes privados en el control social.

En el marco del combate al delito de lavado de activos se ha impuesto la obligación de reportar operaciones sospechosas a determinados sujetos^{3 4}. Así se han impuesto a sujetos cuyo fin es la realización de operaciones de intermediación financiera de forma profesional y habitual, cargas o tareas que en principio tradicionalmente corresponden al sujeto Estado, como la de control y prevención del delito del Lavado de Activos. Cabe resaltar que dicha asignación de cargas de policía y obligaciones a dichos sujetos les ha generado costos extraordinarios y que no son compartidos por el Estado, ni siquiera con exoneraciones tributarias.

En el seno de estas entidades que se encuentran obligadas a prevenir e informar el Lavado de Activos, se encuentra la posición, rango, rol, categoría o cargo que se ha denominado Oficial de Cumplimiento o en los países anglosajones *Compliance Officer*. En este trabajo, analizaremos las tareas que efectúa dentro del marco legal y reglamentario correspondiente, así como también su posible responsabilidad penal dentro del marco de sus competencias.

2. CONCEPTO DE OFICIAL DE CUMPLIMIENTO.

La ley designa como sujetos obligados a informar de operaciones y actividades sospechosas a determinados sujetos, estos son las personas físicas o jurídicas, sometidas al control del Banco Central del Uruguay, el elenco es el siguiente: Bancos, Instituciones Financieras Externas (Bancos Off Shore), Casas de Cambio, Bancos de Inversión, Oficinas de representación, Empresas de Servicios Financieros, Asesores de Inversión, Empresas de transferencia de fondos, Empresas administradoras de crédito y Administradoras de Grupos de Ahorro Previo.

¹ Técnica legislativa muy criticada por la doctrina y que responde en la mayoría de los casos a la máxima de que todos los problemas de la sociedad se resuelven con nuevas leyes penales o agravando los tipos existentes, respondiendo al clamor de la sociedad en busca de éxito electoral. Ya lo dijo Tácito: *Pessima respublica, plurimae leges*, citado por **Jesús María Silva-Sánchez**, en *“La Expansión del Derecho Penal”*. Segunda Edición, año 2001. Editorial Civitas.

En cambio otros autores –como Adriasola- señalan que el derecho penal tradicional o clásico no es idóneo para la tutela de bienes jurídicos colectivos, siendo necesaria la consagración de un nuevo derecho penal, el cual es preventivo en sus fines, una especie de derecho penal administrativo sancionatorio, que evada los canones y garantías del derecho penal clásico, el cual quedaría reservado a la tutela de bienes jurídicos clásicos o individuales como la vida, propiedad, libertad. Así citando a Hassemer: *“para combatir las formas modernas de daños, debería pensarse en la construcción de un sistema jurídico, que tenga elementos absolutamente penales, pero que este orientado en términos estrictamente preventivos y, en todo caso, renuncie al reproche personal y a la imposición de penas privativas de libertad. Una clase de derecho de intervención así configurado podría integrar formas de imputación objetiva”*. Citado por Adriasola en Serie de Documentos del International Center of Economic Penal Studies America Latina, Raúl Cervini, Gabriel Adriasola y Luis Flavio Gomes. Carlos Álvarez Editor, Noviembre de 2002.

² 40 Recomendaciones GAFI (14 y 15), Naciones Unidas, OEA, Directiva 91/308/CEE de la Unión Europea, etc.

³ Artículo 1º de la ley 17835 del 23 de setiembre de 2004. A su vez dicha nómina de sujetos fue ampliada por la ley 18494 del 5 de junio de 2009. Antes la Circular N° 1722 de la Superintendencia de Instituciones Financieras del Banco Central del Uruguay del 21 de diciembre de 2000.

⁴ La Evolución histórica de dichas cargas puede consultarse en *“Lavado de Activos y Secreto Profesional”*. Págs. 23 y 24. Serie de Documentos del International Center of Economic Penal Studies America Latina, Raúl Cervini, Gabriel Adriasola y Luis Flavio Gomes. Carlos Álvarez Editor, Noviembre de 2002.

Dentro de la organización de roles y funciones dentro de las diversas entidades -mencionadas a modo enunciativo-, el encargado de ejecutar la obligación de reportar las operaciones y actividades sospechosas, es el denominado Oficial de Cumplimiento.

El Oficial de Cumplimiento, no solo cumple con la obligación de reporte de operaciones y actividades sospechosas a la Unidad de Análisis e Información Financiera del Banco Central del Uruguay, sino que es el responsable de la Política Global de la entidad de que se trate en toda la materia de Cumplimiento, esto significa que es el encargado de que la empresa cumpla con las normas. ¿Qué normas? Todo el haz obligacional establecido por instrumentos internacionales, leyes, reglamentos, circulares de la Superintendencia de Servicios Financieros (antes Superintendencia de Instituciones de Intermediación Financiera) del Banco Central del Uruguay. El Dr. Raúl Cervini nos habla de obligaciones pro-activas⁵, esto quiere decir que su obligación va más allá de lo ordinario, de lo estándar. Vulgarmente se podría decir que el Oficial de Cumplimiento es el encargado de la prevención de la utilización del Lavado de Activos en cada Institución supervisada por el Banco Central del Uruguay.

El Oficial de Cumplimiento es una pieza fundamental dentro de la Política de combate al Lavado de Activos en nuestro derecho. Pues es en la práctica, es la persona encargada de ejercer el control que el Estado ha desplazado a los particulares.

2.1. Normas Aplicables.

Ni la ley 17835, ni la 18494 se han referido explícitamente a tal importante posición dentro de una institución regulada por el BCU, sin embargo si ha sido objeto de abundante referencia en la “codificación” de circulares de diversas Superintendencias del BCU, que se ha denominado en la práctica Recopilación de Normas de Regulación y Control del Sistema Financiero.

Así encontramos referencia al Oficial de Cumplimiento en varios artículos de la Recopilación: 3.4.1 el cual establece la obligación de la entidad que aspire a inscribirse como Institución de Intermediación Financiera de describir el sistema adoptado para evitar ser utilizados en lavado de activos (el Manual de Políticas y Procedimientos) y comunicación de la persona designada como Oficial de Cumplimiento, 34.1 que lo incluye como parte de la Alta Gerencia de una Institución, 35.4 que incluye dentro de las tareas del directorio de controlar a la Alta Gerencia, aprobar su plan; el Capítulo IV de la Recopilación referido íntegramente a su posición: 35.6 que establece la obligación de las Instituciones de Intermediación Financieras de contar con un Oficial de Cumplimiento el cual será considerado Personal Superior, debe ser capacitado, tener jerarquía, disponer de recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar su tarea en forma autónoma y eficiente, 35.7 que lo califica como responsable por el adecuado funcionamiento de las políticas procedimientos y mecanismos de control en materia de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, y además debe actualizar permanentemente las políticas y procedimientos aplicados por la institución y servirá de enlace con los organismos pertinentes (Banco Central del Uruguay, Unidad de Análisis e Información Financiera, Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal que requieran información); 36.2 el cual lo obliga a realizar informes anuales, en los cuales, debe evaluar la eficacia de los mecanismos implementados para detectar operaciones sospechosas⁶, y el 39.19.1 mediante el cual se lo obliga a efectuar un procedimiento interno de reporte de transacciones sospechosas o inusuales.

Aparece mencionado por primera vez en la Circular N° 1713 de la Superintendencia de Instituciones de Intermediación Financiera del Banco Central del Uruguay, en la cual se establece la obligación para las empresas de intermediación financiera la obligación de implantación de un sistema de prevención del Lavado de Activos y como componente fundamental de dicho sistema se ubica el Oficial de Cumplimiento, el cual será el responsable de la implantación, seguimiento y control del adecuado funcionamiento de dicho sistema y además será el enlace de la institución con los organismos competentes en la materia.

5 Cervini, Raúl; Adriasola, Gabriel y Gómez, Luis Flavio. “Lavado de activos y Secreto Profesional”, Serie de Documentos ICEPS para América Latina, Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 2002.

6 Sobre este ítem, podemos decir que actualmente existen “Auditorías externas” o firmas de profesionales que fiscalizan el sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo de cada institución, su actividad la regula el Banco Central del Uruguay, habiéndose creado un Registro a tales efectos. Lo regulan las Circulares N° 2004 y 2064 de la Superintendencia de Servicios Financieros del Banco Central del Uruguay.

2.2. Rol y Competencias.

Así, del informativo normativo del párrafo anterior surge que el Oficial de Cumplimiento es un empleado de la Institución que es considerado como Personal Superior, Integra la Alta Gerencia, se debe informar su nombre al Banco Central del Uruguay, debe contar con recursos necesarios como para poder ejercer su función de forma diligente.

También el oficial de cumplimiento debe cerciorarse de establecer la identidad del cliente ⁷, dentro del umbral operaciones que estén en determinado margen según el monto de las mismas, debe establecer y controlar que los fondos con los cuales opera su institución no sean de origen ilícito ⁸, debe controlar la calidad de personas políticamente expuestas de los clientes de su institución, debe controlar si quien realiza la operación es efectivamente el Beneficiario Final de la misma, además de la obligación de identificar al cliente debe controlar si el mismo posee el “aurea de ilegalidad”, esto es si su nombre se encuentra inscripto dentro de determinadas “listas negras”, listados de personas que han elaborado la DEA, el FBI, OFAC, Naciones Unidas, de quienes “se sospecha” que el dinero que porten es de origen ilegal o son considerados como de “alto riesgo” en momentos de realizar una operación de intermediación financiera. ⁹ A su vez, son diferentes los requisitos de documentación de identidad necesarios para las personas físicas de las jurídicas, siendo estas exigencias más severas que las anteriores.

Algunos sujetos, que intervienen en el mercado internacional actual dificultan por la propia esencia y naturaleza jurídica, la tarea del Oficial de Cumplimiento de identificación del cliente, basta nombrar la Banca Corresponsal ¹⁰ por ejemplo, en la cual se segmenta la tarea de cumplimiento, los denominados Shell Banks,¹¹ generalmente se rechazan las transferencias que provengan de dichos bancos, Shell Companies,¹² en este caso se deben extremar aun mas los cuidados, etc.

Asimismo, luego de recabar información sobre el cliente y “cruzar” la misma en las diferentes listas, debe clasificar los clientes de acuerdo al volumen operacional de los mismos, así tendrá -para mencionar un ejemplo- a clientes habituales y clientes ocasionales. Así podrá establecer el llamado Perfil del cliente y si este realiza operaciones que se encuentren fuera de dichos parámetros el Oficial de Cumplimiento deberá seguir más de cerca su operativa, dicha actividad se denomina monitoreo del cliente, si el cliente no lo justifica adecuadamente puede activarse el mecanismo del Reporte de Operaciones Sospechosas.

Así también, el Oficial de Cumplimiento elaborará con toda la información que recaude, la matriz de riesgo operacional, una verdadera sistematización del riesgo o alea que puede generar para la Institución la aceptación de determinado cliente que cumpla con determinados parámetros. Así determinados clientes ofrecen más riesgo operacional que otros, siendo el riesgo analizado desde un punto de vista de la utilización de la Institución Financiera como un instrumento para la comisión del delito de Lavado de Activos. Instituciones de mucho volumen operativo como Bancos Transnacionales, se ha automatizado el análisis del riesgo mediante el uso de ordenadores y analistas de información.

También el Oficial de Cumplimiento debe elaborar procedimientos tendientes a conocer e identificar detalladamente a sus empleados, además de instruirlos y capacitarlos adecuadamente para que el modelo de combate al Lavado de Activos funcione correctamente, dentro de la división de tareas típica de las Instituciones Financieras. Asimismo debe vigilarlos y controlarlos, estando alerta a cualquier actividad sospechosa,

⁷ Esto se implementa mediante un llenado de formularios estándar, exigencia de documentación que acredite la identidad -la cual varía según la nacionalidad del cliente-, domicilio, ingresos, ocupación. Toda la información que se recaude debe conservarse por plazos que varían y son determinados por la autoridad competente.

⁸ Esto generalmente se implementa mediante declaración jurada y búsqueda del nombre del cliente en diversas listas o bases de datos elaboradas previamente tanto por autoridades como por operadores privados...

⁹ Inclusive la UIAF se ha tomado el trabajo de efectuar anualmente la célebre “Guía de Operaciones de Riesgo o sospechosas y señales de alerta”. Verdaderas guías similares a un vademécum para el Oficial de Cumplimiento en las cuales se le recomienda no realizar operaciones con personas provenientes de determinados países o las denominadas “Personas Políticamente Expuestas”, generalmente son personas que ocuparon un cargo público de cierta jerarquía y que dentro del ámbito del Compliance se consideran verdaderos “parias” para las Instituciones financieras. ¿Acaso estas clase de personas no puede operar bajo su nombre en los mercados financieros? ¿O debemos incrementar los controles con respecto a ellos? La realidad indica que generalmente se los rechaza como clientes por la mayoría de las Instituciones.

¹⁰ Banca Corresponsal: se da cuando una Institución Financiera necesita prestar un servicio en un tercer país, en el que no tienen presencia física. Para ello contacta a otra Institución en dicho país y ofrece operaciones con ella.

¹¹ Shell Banks: bancos sin presencia física donde atender a sus clientes, o presencia física en jurisdicciones con regulación muy poco exigentes, generalmente calificadas como paraísos fiscales. A veces son Bancos únicamente con presencia en Internet.

¹² Shell Companies: sociedades que no tienen actividad comercial, generalmente constituidas en Panamá, Belice, países en los cuales la actividad extraterritorialidad total de sociedades es admitida.

evitando la participación de los mismos en posibles actividades delictivas o de lo contrario denunciando la situación a las autoridades.

También será el enlace de la institución con los organismos pertinentes, como por ejemplo la Unidad de Información y Análisis Financiera del Banco Central del Uruguay o la Secretaría Anti lavado de Activos de la Presidencia de la República o los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Penal que requieran información, generalmente cuando se requiere por parte de estos cooperación en casos de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

No es el objeto de este análisis pero el Oficial de Cumplimiento debe reportar toda actividad u operación que considere –bajo determinadas circunstancias preestablecidas– sospechosa. Es decir que dichas transacciones son las que según los usos y costumbres de la actividad financiera resulten inusuales, se presenten sin justificación económica o legal evidente, o planteen una complejidad inusitada o injustificada. Una vez efectuado el reporte goza de ciertas prerrogativas como la no revelación de su identidad y exoneración de responsabilidad civil y penal por la revelación de secreto. En el Reino Unido por ejemplo existe un funcionario que tiene esta función específica, separado del Oficial de Cumplimiento, el Money Laundering Reporting Officer.

En otro orden, de competencias podemos decir que el Oficial de Cumplimiento tiene la obligación de actualización constante en lo que tiene que ver con su capacitación, así como el seguimiento en el cambio de la normativa aplicable, debiendo implementar dichos cambios en el Manual de Políticas y Procedimientos y en la práctica de la Institución.

En resumen, el Oficial de Cumplimiento es una pieza fundamental para las “nuevas” responsabilidades que las empresas financieras deben cumplir. Son de tal importancia que deciden si una operación se lleva a cabo o no, así por ejemplo actualmente se habla en la interna de estas empresas, de una especie de polarización entre la parte “comercial” o de negocios y la parte de cumplimiento, siendo esta última parte considerada como un obstáculo para la consecución de dichos negocios. Recuerdo como Oficial de Cumplimiento la visita de un Alcalde de un país del altiplano a las oficinas de un broker de divisas online, la persona estaba interesada en invertir un millón de dólares en la empresa, basto una simple búsqueda en Google para rechazar rotundamente su ingreso, resulta que había estado investigado en su país por corrupción, era una oportunidad de negocios atractiva para la empresa, sin embargo el Oficial de Cumplimiento a través de su dictamen no hizo posible que se llevara a cabo.

A su vez la posición del Oficial de Cumplimiento varía según qué entidad se trate. No es lo mismo ejercer la función de cumplimiento en un Banco con numerosas sucursales en todo el país que en una Casa de Cambio con una sucursal, pues en algunas entidades la designación simplemente ha recaído en un Oficial de Cumplimiento a mero título formal, es decir, personas que previamente cumplían otra función, o mismo el presidente del directorio. En esos casos la preparación del sistema de cumplimiento puede estar en los hechos tercerizada a través de firmas que se han especializado en la materia, en nuestra plaza de servicios legales es un área en pleno crecimiento.

2.3. Valoración crítica de los Deberes y cargas del Oficial de Cumplimiento.

Toda la legislación y práctica comentada nos orienta a afirmar que el rol del Oficial de Cumplimiento es la Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo y que es central dentro del modelo.

Sin pretender adelantarnos al capítulo siguiente, nos preguntamos si su obligación es de medios o de resultados.

Pero antes de dar una conclusión, efectuare una crítica dentro del modelo de prevención que no es de creación original vernácula, sino que viene predeterminado como ya fue comentado en la Introducción.

En primer lugar afirmo que dentro del elenco de deberes y cargas del Oficial de Cumplimiento encontramos algunas que son razonables y que se adaptan perfectamente al fin propuesto, a tal efecto reconocemos que es saludable y deseable la práctica de conocer al cliente, así como requerirle de información, pero considero que no cumple con dicho fin, por ejemplo las cargas de elaborar matrices de riesgo, el hecho de rechazar personas que integren las listas negras, el hecho de estandarizar, automatizar y generalizar como si se tratara de “blanco o negro”, mediante dicha forma de controlar nuestras Instituciones Financieras se convertirán en blanco fácil para el Lavador de Dinero, quien sabrá de antemano las reglas del juego y abusará fácilmente de los mecanismos superiores de la economía para su propósito: el alejar lo más posible el origen ilícito de sus fondos.

A efectos de ser exitosos en el combate al Lavado de Activos debemos adoptar un abordaje metodológico acorde a efectos de evitar la impunidad de los delincuentes económicos, en particular de los lavadores de dinero.

Es obvio que el legislador, no cuenta con una formación suficiente como para legislar efectivamente en la materia complejísima que viene a regular. Por dicho motivo pasa a ocupar un lugar central en su estrategia el método que utilizará para abordar este tipo de delincuencia.

Cervini, traza un paralelismo con los métodos médicos, el clínico - sintomatológico y el tomográfico como forma de abordar la macro delincuencia económica, pero aquí podemos aplicarlo al delito de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo. El primero resulta idóneo para visualizar en conjunto la existencia del fenómeno y evaluar críticamente las disfunciones del control formal y el segundo resulta ideal para detectar a partir de un conocimiento adecuado el objeto y detectar los abusos que se produzcan de un modo preventivo.

Así, el método clínico, nos permitirá apreciar el proceso del delito de lavado en su conjunto, y ver de qué forma el control que se efectúa para su prevención es eficiente. Así tenemos que el proceso de lavado de activos es trasnacional pues trasciende las fronteras de los países, su daño en la sociedad se ha sobredimensionado a medida que pasan los años, es perpetrado con apariencia lícita, cambia frecuentemente, el carácter difuso de la víctima, entre otras notas.

Pero por otro lado el abordaje tomográfico, nos indica que debemos adentrarnos dentro del fenómeno del Lavado de Activos para poder reprimirlo y prevenirlo adecuada y eficientemente. Supone penetrar gradualmente dicho fenómeno económico desde sus instancias macro a manifestaciones micro, analizando científicamente sus componentes. Así el primer paso a dar, sería visualizar el conjunto de variables macroeconómicas que componen el sector de la actividad económica del país analizado, así será la Actividad de Intermediación Financiera.

Segundo dentro de esta actividad corresponde definir, el nicho o cancha o capa a analizar, por ejemplo, la actividad bancaria, de cambios, de transferencia, bursátil, etc.

Luego tendremos que definir a los diferentes integrantes dentro de esa actividad y su relacionamiento entre sí.¹³

En definitiva lo que me pregunto es ¿si es conveniente la regulación mediante estándares o matrices de riesgo o es más conveniente regular a través del conocimiento particularizado de los mecanismos económico financieros involucrados en cada caso?

A mi modo de ver conviene mucho más al fin de la Prevención del Lavado, la regulación mediante el abordaje tomográfico, sin descuidar el sintomático, en orden a la complementariedad de dichos métodos. Y esto se debe principalmente a que en el mundo globalizado en el que vivimos la realidad cambia cada vez con más velocidad, por lo cual no es saludable aferrarse a métodos estandarizados sino conocer la realidad lo más posible y lo más detallado que se pueda para así poder contar con elementos de control y prevención suficientes y eficientes.

Me consta que hasta el momento no se ha aplicado ninguna metodología sino que unilateralmente el regulador ha adoptado modelos extranjeros y que pocas veces ha entablado diálogos con los actores del mercado a efectos de conocer la realidad que regula.

3. RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL ECONÓMICO.

Como se vio en los párrafos anteriores la figura del Oficial de Cumplimiento es central dentro del sistema de prevención de Lavado de Activos de cada institución y dentro del modelo global y es desde esta perspectiva que se analizará su responsabilidad penal.

El delito que se podría imputar al Oficial de Cumplimiento, dentro del marco del análisis del Derecho Penal Económico y a los efectos del presente análisis, sería el de Lavado de Activos, omitiremos toda otra mención a demás figuras delictivas. Particularmente nos interesa que sucede con el Oficial de Cumplimiento desde el punto de vista de la responsabilidad penal, una vez que una Institución Financiera es utilizada como medio en una operación de Lavado de Activos.

Por lo pronto, si el Oficial de Cumplimiento actúa en concierto con organizaciones delictivas en la conducta delictiva del Lavado de Activos su responsabilidad penal será la clásica, tal como lo diferencian los *Doctores Adriasola y Cervini* en su monumental trabajo *“Responsabilidad Penal de los Profesionales Legales”*, así por ejemplo será autor, coautor, cómplice, quienes cumplan con el los requisitos de los artículos 60 y siguientes del Código Penal.

13 Cervini, Raúl; Adriasola, Gabriel. *“Derecho Penal de la Empresa”*. Pág. 2 y siguientes. Editorial B de F. 2005.

Nos preguntamos si es posible otra forma de comisión de delitos además de la del dolo directo, por ejemplo a título de dolo eventual o culpa.

3.1. Comisión por omisión y posición de garante del Oficial de Cumplimiento. Justificación de su inclusión.

En efecto, 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 y las leyes mencionadas junto con abundante normativa bancocentralista ofrecen regulación exhaustiva de dicho procedimiento. El incumplimiento de tal obligación solo acarrea sanciones de carácter administrativo para la Institución, sin perjuicio de lo dispuesto por el inciso 3° de la ley 17016.¹⁴

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 delitos bajo la modalidad de la comisión por omisión, los establecidos en el artículo 3° del Código Penal patrio.

Ya el multicitado, *Cervini*, en su *Derecho Penal de la Empresa*, analizando las diferentes nuevas modalidades autorales dentro del Derecho Penal Económico y particularmente dentro de las organizaciones empresariales, refiere a la comisión por omisión como uno de los mecanismos de imputación delictual.¹⁵ En efecto, existe una situación de peligro del bien jurídico (riesgo inherente a toda Institución Financiera) tutelado por las normas de combate al lavado de activos las cuales fueron mencionadas, frente al cual el Oficial de Cumplimiento –a nuestro criterio– tiene una posición de garante, dando garantía de que el peligro de la comisión del delito no se concrete en la producción de un resultado lesivo, siendo obligación para él actuar para evitar ese resultado delictivo. Quien asume la posición de Oficial de Cumplimiento dentro de una Institución Financiera se constituye en una especie de barrera para evitar que la Institución financiera sea utilizada como instrumento para legitimar activos provenientes de actividades ilícitas, y si, pudiéndolo hacer, no evita la comisión del delito –a sabiendas– es como si hubiera cometido la conducta misma. La evitación de este resultado debe estar dentro de la esfera de dominio del sujeto, y lo está efectivamente. No olvidemos la posición del Oficial de Cumplimiento dentro de la Institución financiera, es tenido en cuenta dentro de la nómina de Personal Superior e incluso tiene dentro de sus atribuciones operativas la de impedir cualquier operación con apariencia sospechosa mediante su recomendación u orden.

Cervini, al analizar la modalidad de la imputación de la comisión por omisión, menciona tres ejemplos operativos dentro de la empresa, dentro de los cuales se podría dar la comisión por omisión, ellos son la Sindicatura dentro de una Sociedad Anónima, las Calificadoras de Riesgo y las Auditorías Externas, ellos son claves en la organización empresarial y sus soportes físicos están colocados como barreras entre el peligro y el bien jurídico. Me atrevo a agregar al Oficial de Cumplimiento dentro de dicha nómina particularmente en las empresas de intermediación financiera.

El concepto de la comisión por omisión, no fue definido legalmente en el Código Penal, *Viana Reyes*, afirma que los comentaristas del Código Italiano redactado por *Rocco* (refiriéndose a su artículo 40 inciso 2°, el cual fue recogido idénticamente por *Irureta Goyena* en el Código Patrio), la conciben como los delitos que consisten en no evitar impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de evitar. La doctrina alemana posteriormente introdujo la noción de garante, el cual sería el obligado a evitar el resultado y se requiere que tenga una especial relación con el bien jurídico que se propone tutelar. El ejemplo clásico de esta modalidad,

14 ARTICULO 71.- Las instituciones o empresas que realicen actividades de intermediación financiera comprendidas en el Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, los Bancos regulados por la Ley N° 16.131, de 12 de setiembre de 1990, las Casas de Cambio a que refiere el artículo 56 de la Ley N° 16.696, de 30 de marzo de 1995, y en general las personas físicas o jurídicas sujetas a control del Banco Central del Uruguay deberán ajustarse a las reglamentaciones que dicten el Poder Ejecutivo o el mencionado Banco Central con la finalidad de prevenir la conversión, transferencia u ocultación de bienes, productos o instrumentos procedentes de cualesquiera de las actividades previstas como delitos por la presente ley. Las transgresiones de los preceptos contenidos en dichas reglamentaciones podrán determinar, según los casos y cuando correspondiera, la aplicación de las sanciones o medidas administrativas previstas en el Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982, con la redacción dada por la Ley N° 16.327, de 11 de noviembre de 1992.

Lo anterior es sin perjuicio de la facultad del Juez de apreciar, cuando pudiera corresponder, de acuerdo con los criterios y procedimientos previstos en la presente ley, la eventual responsabilidad penal que pudiera haber a los directores, gerentes, administradores, mandatarios, síndicos o fiscales de las referidas instituciones, empresas o sociedades a que refiere el inciso primero.

15 Op. Cit. Pág. 10. Págs. 176 y siguientes.

sería el del salvavidas que no auxilia a un bañista y este último se ahoga, cometerá el delito de homicidio por comisión por omisión el salvavidas, otro ejemplo citado por *Viana Reyes*, es el de la madre que presencié la muerte de su menor hijo a manos de su concubino y no evitó el resultado de muerte.¹⁶

El artículo 3 inciso 2° del Código Penal Uruguayo dice: “*Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si el daño o el peligro del cual depende la existencia del delito, no resulta ser la consecuencia de su acción o de su omisión. No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo.*”

Como lo afirman *Adriasola* y *Cervini* (comentando sobre los Escribanos Públicos)¹⁷ en a los efectos de considerar la posición del Oficial de Cumplimiento como garante, debemos justificarlo técnicamente. Por lo pronto el Oficial de Cumplimiento integra el cuadro dirigente de la empresa de Intermediación Financiera. Ya que como vimos es considerado como Personal Superior. Será de todas formas empleado de la empresa, a veces Directivo o Accionista mayoritario si coinciden estas calidades. Tiene deber de actuar, pues a su cargo se pone toda la política de prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo dentro de la Institución, tal como lo dispone la normativa bancocentralista reseñada. Además también una relación vinculación estrecha al bien jurídico, lo cual también se cumple puesto que es el que está capacitado en la materia, puede contar con un equipo de trabajo que facilite su tarea, pero la responsabilidad principal recae sobre el Oficial de Cumplimiento. Como afirman *Adriasola* y *Cervini* en su última publicación, “*no basta con determinar la fuente del deber de actuar, tampoco si éste se estatuye en la ley, el contrato o en un hacer precedente, sino primordialmente de ubicar por qué a un determinado sujeto se lo coloca en la posición de garante. No se trata de un mero problema legislativo, que se solucione simplemente por identificar la norma fuente del mandato de acción dirigida a un sujeto en razón de su rol y de ahí derivar su condición de garante tal y como se tratara de un silogismo. La designación de una persona como garante, pasa por establecer si es lícito, si es dogmáticamente admisible, colocar normativamente a un sujeto en posición de garante para la vigilancia de un bien jurídico y ello se determina en función de la natural estrechez entre dicha persona y la tutela al bien jurídico. Esa estrechez debe ser, como se dijo natural, pero es inadmisibles que el rol de garante se convierta en una posición ficticia que obedezca a una caprichosa disposición legal.*”¹⁸

En efecto y conociendo la función que cumple el Oficial de Cumplimiento dentro del sistema de Prevención del Lavado de Activos la conclusión no puede ser otra que la de que el Oficial de Cumplimiento es un garante, debe hacer todo lo que este a su alcance para evitar la utilización de la Institución Financiera en la que revista como instrumento utilizado para el Lavado de Activos.

Su obligación de evitar el resultado deriva de normativa administrativa bancocentralista: circulares de las diferentes Superintendencias del Banco Central. Su obligación es derivada de la de la Institución a la que pertenece. A su vez se encuentra ligado a la Institución financiera mediante un contrato de trabajo.

En países como por ejemplo Chile, donde se ha consagrado legalmente la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (para delitos de Cohecho y Lavado de Activos), se ha consagrado la obligación de todas las personas jurídicas de designar a un “Encargado de Prevención” y se habla de prevención de delitos en general y no de algunos delitos como en nuestra legislación, ley 20393 del 2 de diciembre de 2009. Dentro de ese marco legislativo la persona jurídica tiene un deber de cumplimiento de evitar que en el seno de ella se cometan toda clase de delitos.

Ahora, veamos cual es el bien jurídico tutelado en la figura de Lavado de Activos, para poder discernir si el Oficial de Cumplimiento tiene una vinculación estrecha con su tutela. Para *Adriasola*, se trata de una conducta pluriofensiva que lesiona varios bienes jurídicos, la economía, la administración de la justicia. Otros como *Langón*, sostienen que es el orden socioeconómico el que se lesiona mediante su conducta. Por último, *Cervini*, nos enseña que el bien jurídico tutelado se trata del normal funcionamiento de los resortes o mecanismos superiores de la economía.¹⁹ Es siguiendo esta última posición que nos parece que el Oficial de Cumplimiento se encuentra inserto dentro de entidades que son clave en el funcionamiento de los mecanismos superiores o resortes de la economía: Bancos, Casas de Cambio, Mercado de Valores, etc. Dentro de cada Institución su posición es clave a efectos de evitar que sean utilizados como medios para insertar en la plaza financiera colocaciones cuyo origen es ilícito. Por lo cual considero que la relación con el Bien Jurídico es íntima, cercana, fundamental, a mi modo de ver se justifica técnicamente con amplitud que sea considerado un garante.

16 Viana Reyes, Enrique. “*Los Delitos Impropios de Omisión y el Principio de Legalidad*”. La Justicia Uruguaya. Tomo 101.

17 Cervini, Raúl; Adriasola, Gabriel. “*Responsabilidad Penal de los Profesionales Jurídicos. Los límites entre la práctica legal y notarial lícita y la participación criminal*”. Pág. 240. Editorial La Ley, 2010.

18 Idem nota anterior.

19 Fleitas, Sandra. “*Individualización del Bien Jurídico Tutelado en el Delito de Lavado de Activos*”. Ponencia realizada en el Universitario de Punta del Este, Sede Rivera.

Distinta es la opinión de *Adriasola*, quien –con la salvedad de que analiza la conducta del sujeto obligado en colectivo, es decir la Institución- no reconoce una estrechez íntima entre la institución financiera y el bien jurídico tutelado que fundamente su consideración como garante. Citando a *Stordhal* y *Blovich*, afirma que la mera existencia de obligaciones de actuar en la cabeza de los soportes institucionales financieros no puede, por sí misma, confundirse con el tema de la determinación de la figura del garante. No se puede decir que la institución tenga una estrechez tal con el bien jurídico que le imponga evitar la lesión de este, tal cual como si fuera un agente monopólico de las agencias de control social, el Estado.²⁰

3.2. ¿Puede cometer delito de lavado bajo la modalidad de comisión por omisión del artículo 3° del Código Penal?

Por lo tanto, ya establecido si el Oficial de Cumplimiento puede ser considerado como un garante, nos queda ahora analizar si puede ser responsabilizado por delitos bajo la modalidad de comisión por omisión y si es jurídicamente viable en nuestro sistema jurídico tal modo de imputación.

Se ha dicho sobre esta clase de imputación de delitos, que son de dudosa constitucionalidad, que violentan flagrantemente el principio de legalidad, principio –para mí- sagrado dentro de la dogmática de la parte general de Derecho Penal. Pues se estaría imputando conductas omisivas a sujetos no determinados expresamente en la ley penal, en el tipo penal. En efecto son manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo en nuestra propia legislación penal, tales como la utilización de tipos penales en blanco o extremadamente abiertos en los cuales aumenta la discrecionalidad de los jueces en su aplicación, legislación penal de emergencia, generalmente aumentando el poder punitivo del Estado.

Por lo tanto, el Oficial de Cumplimiento que en su posición de garante no impida un resultado delictivo dentro de su competencia, responderá –por no haber evitado el resultado- como si hubiera tenido intención de cometer el delito de Lavado de Activos, bajo la modalidad del artículo 3° del Código Penal. En esta clase de delitos, los jueces derivarían en la creación jurisprudencial de equivalencias llevando a una especie de responsabilidad penal objetiva.

Nullum crime sine lege, el principio de legalidad implica que a la ley y solo a la ley le compete establecer los delitos y las penas, ley en sentido formal, no hay delito ni pena, sin ley escrita, estricta, previa y cierta que los establezca. No es admisible que un tipo penal construido judicialmente, cumpla la regla de que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni tampoco que la omisión de tal autor, establecida por la interpretación judicial, haya sido expresamente prevista por la ley.

El principio de legalidad, como bien lo remarca *Cervini*, tiene varias consecuencias o derivaciones del mismo, por ejemplo el principio de taxatividad o ley cierta, mediante el cual se exige una certeza dada por el detalle en la descripción de los delitos, no nos olvidemos del artículo 10 de la Constitución, debemos conocer lo que está prohibido con detalle y dicha tarea corresponde al legislador, evitando así toda arbitrariedad judicial marcada por la excesiva libertad interpretativa de los jueces. Es notorio el desconocimiento de este principio por parte de dicho mecanismo de imputación.

Lo enseña Gastón Chaves con meridiana claridad: “*En consecuencia, las leyes deben ser suficientemente claras, completas y plenas como para impedir que, a pretexto de su interpretación, se incorporen a su sentido los propios, personales y subjetivos criterios de valoración del juzgador, que desvirtuarían la competencia exclusiva del legislador y la trasladarían por vía indirecta, pero de todos modos claramente inconstitucional, a quien no lo es.*”

Cuando la Constitución dispone que nadie será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, al mismo tiempo que afirma la competencia exclusiva del legislador de restringir la libertad en razón de hechos lesivos, prohíbe que ella se traslade a otro magistrado, ya sea de modo directo o indirecto.

Es una competencia que no sólo debe defenderse de los caprichos del tirano o de los impulsos del juez, sino, también y ante todo, del propio legislador, a quien se veda la abdicación, la delegación de esa su competencia privativa, que es regular la libertad en función de principios de interés general.

*En consecuencia, las descripciones legales de los comportamientos que constituyen delito deben hacerse con el propósito (no siempre logrado) de describir la conducta delictuosa del modo más objetivo y nítido posible, aunque no siempre el resultado sea acorde con el propósito.”*²¹

20 *Adriasola, Gabriel. “El Lavado de Dinero como expresión del Crimen Organizado. Perspectivas de Prevención y Represión desde el sector público y privado”. Derecho Penal Económico. Ponencias del Curso de Posgrado 2008. Facultad de Derecho. Universidad de Montevideo.*

21 *Chaves, Gastón. “El Derecho Penal y el Derecho Constitucional. Principios constitucionales que regulan la creación, aplicación e interpretación de las leyes penales.”*

Por otro lado admitir la comisión por omisión en la actuación del Oficial de Cumplimiento, importaría el riesgo de llegar a la responsabilidad objetiva borrando la distinción entre dolo y culpa e ingresando en el funcionalismo de Jakobs.

La respuesta no puede ser otra que la negativa, por los fundamentos expresados, el Oficial de Cumplimiento no podrá ser responsabilizado penalmente por comisión por omisión.

3.3. Recomendaciones de los Organismos Internacionales y los delitos de Mera desobediencia.

No debemos olvidar en este análisis, que la CICAD (Organismo creado en el seno de la OEA, Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas) en su reglamento modelo, en su artículo 14 establece una eventual responsabilidad penal de la institución que no cumpla con las obligaciones establecidas en dicho reglamento, consagrando un delito de omisión impropia.

En este marco se deben incumplir intencionalmente las obligaciones establecidas en el reglamento modelo de la CICAD para la configuración de una conducta omisiva como delito. El Catedrático Grado 5, Dr. Miguel Langón, ha puntualizado que las conductas delictivas dentro de este marco podrán ser: mantener cuentas innominadas, anónimas o bajo nombre ficticio; no verificar la identidad de los clientes; no mantener registros por al plazo legal; no brindar información a la autoridad; no guardar secreto sobre informaciones solicitadas por la autoridad; no comunicar operaciones sospechosas y no cumplir con las normas bancocentralistas establecidas.

Aquí tenemos obligaciones legales que no se cumplen y por lo tanto generan un resultado delictivo, de haberse cumplido con las obligaciones legales el resultado delictivo no se hubiera verificado, a su vez las instituciones asumen el papel de garantes con respecto al bien jurídico. Vemos aquí un delito de mera desobediencia, de peligro abstracto. Por otra parte, Langón destaca que algunos países como España y Alemania han castigado la mera culpa en esta clase de delitos, Luxemburgo la comisión del delito por “desconocimiento de las obligaciones profesionales”, y que solo Paraguay castiga explícitamente el delito de lavado por “imprudencia o culpa”.²²

Adriasola, por su parte, menciona en este sentido el artículo 6.3 del Convenio Europeo sobre Blanqueo de Capitales suscrito el 8 de noviembre de 1990²³. Critica la solución alegando que la política criminal que la inspira esta mas enfocada sobre el sujeto obligado en vez de focalizarse sobre el lavador y por lo tanto deviene dogmáticamente inaceptable, similar a la crítica que efectuamos al regulador ut supra. Consagrarlo como delito, seria sancionar una conducta que ya tiene sanciones administrativas severas, se extiende desmesuradamente el tipo penal, ni siquiera la Convención de Viena de 1988 recomendó tipificar el lavado imprudente.

Cabe agregar que el proyecto que culminó con la sanción de la ley 17016 contenía en su artículo 55²⁴ una solución similar que luego fue rechazada en el seno del parlamento.²⁵ Dicha solución a su vez fue inspirada en el Código Penal Federal Suizo.²⁶ *Cervini* –citado por *Adriasola* en trabajo de la nota anterior- opina que se pena una mera omisión formal reglamentaria, sancionando el mero defecto de vigilancia en forma abstracta, desvinculado totalmente al bien jurídico. Discrepamos rotundamente con dicha una política criminal que consagre un tipo de lavado por mera desobediencia a obligaciones de control.

Habiendo descartado el recurso a la comisión por omisión ante la omisión intencional del Oficial de Cumplimiento en reportar una operación sospechosa que finalmente derivo en blanqueo de capital, dejamos planteada la idea de que se podría tipificar su conducta omisiva directamente, siempre que haya dolo directo. No debemos olvidar como bien lo remarca *Adriasola*, que el lavado de activos está tipificado como un tipo clásico activo doloso, siendo sus verbos convertir, transferir, adquirir, poseer, utilizar, tener en su poder, realizar, ocultar, suprimir, alterar, impedir, asistir y prestar cualquier ayuda. En tal sentido, conviene

22 Langon Cuñarro, Miguel. “*Lavado de Dinero y Política Criminal en el Uruguay*”. En Estudios de Derecho Penal Económico. Facultad de Derecho. Universidad de Montevideo. 2008.

23 Idem. Cita Pág. 16.

24 El que estando legalmente obligado, omitiere cumplir la normativa establecida por el Banco Central del Uruguay referida a los delitos tipificados en el presente capítulo de esta Ley o delitos conexos, será castigado con una pena de veinte meses de prisión a cinco años de penitenciaría.

Lo cual reforzaría la teoría del Oficial de Cumplimiento como garante.

25 Op. Cit. Pág. 9.

26 El que profesionalmente haya aceptado, conservado, ayudado a colocar o a transferir valores patrimoniales de un tercero y que haya omitido verificar, conforme a la vigilancia requerida por las circunstancias, la identidad del titular de un derecho económico...

mencionar el artículo 71 inciso tercero de la ley 17016, el cual dispone que si el sujeto obligado no cumple con las directivas, reglamentaciones, etc., del Banco Central o del Poder Ejecutivo de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, se aplicara una sanción administrativa, sin perjuicio de que el magistrado que entienda en la causa podrá analizar la eventual responsabilidad penal de directores, síndicos, gerentes, administradores, mandatarios y obviamente el Oficial de Cumplimiento, pero nunca desde el punto de vista culposo.

3.4. Del Oficial de Cumplimiento que omite controles en concierto con los lavadores.

Pero recordando que el Oficial de Cumplimiento tiene obligación de reporte de operaciones y actividades sospechosas, cabe preguntarnos los casos de su participación por omisión deliberada y culposa por negligencia en el ejercicio de la función o a título de dolo eventual. Tal situación ha sido legislada expresamente en Colombia mediante el artículo 325 del Código Penal Colombiano *“Omisión de control. El empleado o director de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de cien (100) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*

Veamos, si el Oficial de Cumplimiento está obligado a reportar Actividades sospechosas y Operaciones sospechosas, y en concierto con los lavadores, omite el reporte. Aquí podría el Oficial de Cumplimiento ser responsable mediante los dispositivos de los artículos 61 y 62 del CP? La respuesta sigue siendo negativa pues ambos artículos en sus modalidades exigen una acción y no una omisión. Sin embargo la solución mencionada dos párrafos supra nos abre la posibilidad de dudas. En definitiva dependerá del caso concreto y el grado de connivencia del Oficial de Cumplimiento con los lavadores.

Y la Complicidad mediante acciones neutrales? Aquí el sujeto obligado es fundamental en la consumación del delito, pues tiene obligación de reportar y si no efectúa un ROS o RAS, el lavado de activos queda impune. ¿Puede considerársele como un cómplice? Aquí la respuesta debe basarse necesariamente en la intensidad del dolo del Oficial de Cumplimiento en concierto con los lavadores.

Pero supongamos ahora, el caso de que una persona se presenta en la Entidad Financiera, una persona interesada en efectuar operaciones, y respecto de la cual efectuados todos los controles sobre su identificación, origen de fondos, y al final del proceso, una vez aceptado el cliente y luego de que el mismo haya operado, resulta que sus fondos eran de origen ilícito los cuales se introdujeron en el sistema financiero nacional sorteando todos los controles. A nuestro modo de entender y manifestando nuevamente nuestra radical oposición al modelo de la responsabilidad objetiva, entiendo que dicha situación no genera ninguna responsabilidad para el Oficial de Cumplimiento, así como tampoco responsabilidad administrativa de la Institución.

4. CRITICA DEL MODELO PROPUESTO POR OEA Y GAFI. ¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO?

Volviendo sobre el tema del modelo propuesto por la CICAD en el seno de la OEA y apoyado por GAFI, mediante el cual la mera desobediencia a mandatos destinados a la Prevención del Lavado de Activos se convierte en delito. Nos preguntamos que similitudes tiene a la concepción de un Derecho Penal del Enemigo, las respuestas lamentablemente son afirmativas.

En efecto, el modelo descripto cumple muchas de las características definitorias de tal concepción. En primer lugar notamos un adelantamiento de la protección penal, el derecho penal se centra en lo que viene, en el hecho futuro más que en el que vendrá que en el hecho pasado, aumento desproporcionado de las penas, ampliación del alcance de la responsabilidad objetiva, creación de unidades de inteligencia financiera.

El avance que está teniendo esta nueva corriente, que nos viene impuesta desde afuera y que contradice las bases de nuestro Derecho Penal, es francamente preocupante. Cada vez mas tiene menos valor la Parte General del Derecho Penal, la parte General del Código Penal, donde están establecidos los principios y reglas generales que nos otorgan las garantías a todos.

5. CONCLUSIONES.

- Dentro de las Instituciones Financieras existe la posición del Oficial de Cumplimiento, la cual por su importancia central en el sistema de Prevención del Lavado de Activos y su cercanía con el bien jurídico tutelado podemos afirmar que es un garante.
- Las tareas propias del Oficial de Cumplimiento serán idóneas para llegar al fin propuesto, siempre y cuando se utilice una metodología acorde y no simplemente la que viene predeterminada de los organismos internacionales.
- A pesar de ser considerado como Garante el Oficial de Cumplimiento no podrá ser responsabilizado mediante hipótesis de comisión por omisión, debido a la colisión con el principio de legalidad que tiene este instituto el cual no tiene cabida en nuestro sistema jurídico.
- Es preocupante el avance de las teorías de generar delitos por mera desobediencia de los controles exigidos en los modelos que vienen impuestos por organismos internacionales y que ante ello la doctrina penal nacional se debe alzar con radical dureza a efectos de que nuestro sistema penal no se vea "infectado" por concepciones típicas de Estados totalitarios como el Derecho Penal del Enemigo elaborada por Gunther Jakobs.