



La Situación del Oficial de Cumplimiento y la Comisión por Omisión en el Lavado de Activos

The Situation of the Compliance officer and the Commission by Omission in Money Laundering

Alexis Gustavo Ramírez Cosme¹

Nicole Alexandra Díaz Coronel²

Resumen: La situación del oficial de cumplimiento, en el contexto de la instrumentalización de las entidades financieras para cometer actos de lavado de activos, parecería estar resuelta con la decisión político criminal de tipificar el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas. Sin embargo, este tipo penal pone sobre la palestra la discusión sobre si sería posible responsabilizar al oficial cumplimiento por comisión por omisión del delito de lavado de activos. Con la finalidad de evitar vacíos de impunidad, en este trabajo se ha decidido abordar tal problemática mediante la revisión de conceptos generales de la omisión impropia para aplicarlos al caso concreto.

¹[*] Estudiante de 6to año de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), asistente en el estudio Pariona Abogados, ganador del 1er puesto en el II Moot White Collar & Criminal Compliance, miembro de la Junta Directiva del del Taller de Estudios Penales de la UNMSM, asistente de cátedra del curso de Derecho Penal III y IV y del curso de Derecho Procesal Penal I en la UNMSM. Miembro ordinario de Amachaq - Escuela Jurídica.

²[**] Estudiante de 5to año de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), asistente en el estudio Pariona Abogados, ganadora del 1er puesto en el II Moot White Collar & Criminal Compliance, coordinadora en la cátedra de Derecho Penal III y Derecho Penal IV en la UNMSM, miembro principal del Taller de Derecho Penal Económico y de la Empresa de la UNMSM, miembro ordinario de Amachaq - Escuela Jurídica.

Palabras clave: Oficial de cumplimiento, comisión por omisión, lavado de activos, operaciones sospechosas.

Abstract: The situation of the compliance officer, in the context of the instrumentalization of financial entities to commit acts of money laundering, would seem to be resolved with the criminal political decision to classify the crime of omission to report suspicious operations or transactions. However, this criminal type opens the debate on whether it would be possible to hold the compliance officer responsible for commission of omission of the crime of money laundering. In order to avoid impunity gaps, in this work it has been decided to address this problem by reviewing general concepts of improper omission to apply them to the specific case.

Keywords: Compliance officer, commission for omission, money laundering, suspicious transactions.

INTRODUCCIÓN

El complicado contexto de los delitos cometidos en el sector financiero y bancario lleva a realizar esfuerzos desde la dogmática para el entendimiento de complejas figuras delictivas. En específico, el delito de lavado de activos presenta hoy por hoy gran parte de las inacabadas discusiones sobre su estructura típica, naturaleza jurídica, configuración delictiva y la importancia de su prevención.

La necesidad de la lucha contra el lavado de activos ha llevado a la creación de delitos periféricos en la ley del lavado de activos, Decreto Legislativo N.º 1106, los cuales son los delitos del artículo 5º y 6º. Estos tratan de reafirmar la política criminal en la persecución de actos de lavado, sirviendo como delitos que favorecen el sistema administrativo implementado para su prevención. Así, la criminalización de la omisión de comunicación de operaciones sospechosas del artículo 5º se ha elevado como una importante muestra del compromiso del Estado en la prevención de este delito.

A pesar de ello, aún subsisten vacíos que la dogmática penal debe intentar cerrar mediante construcciones teóricas posibles y legítimas que brinden seguridad jurídica. Uno de estos resulta ser la duda aún abierta acerca de la posibilidad de configurar el delito de lavado de activos mediante la comisión por omisión. Es decir, si el desvalor de la conducta del artículo 5º es suficiente para responsabilizar a determinados agentes con especiales deberes en el marco de las operaciones económicas, en especial el oficial de cumplimiento.

En ese sentido, este trabajo se dirige a responder a la pregunta si el oficial de cumplimiento puede responder por el delito de lavado de activos en comisión por omisión.

EL SISTEMA FINANCIERO COMO FOCO CRIMINÓGENO

Las instituciones del sistema financiero representan en la actualidad el principal foco criminógeno para el lavado de activos. Ya no nos encontramos en el caso de la persona individual que transporta fajos de dinero ilícito en un

maletín, sino en el de organizaciones criminales que operan con grandes cantidades de dinero que buscan incorporar al tráfico económico lícito para finalmente poder utilizarlas, por ello, requieren un mecanismo que les permita de manera rápida y eficaz transferir sus activos de un lugar a otro. Así, los servicios que brindan las entidades financieras y su infraestructura son un atractivo ineludible para los agentes de lavado. Ello sin tomar en cuenta que ahora también existen las transferencias y dinero electrónicos que conceden mayores facilidades para evitar la identificación del origen ilícito de los activos. Por ello, resulta estratégico y necesario adoptar políticas criminales referidas a la prevención de lavado de activos en las entidades financieras.

Según Prado Saldarriaga, la experiencia ha demostrado que tarde o temprano el dinero ilegal siempre buscaba refugio y legitimación en los servicios y negocios que ofrecen y realizan los bancos; es más, si no se evita que el dinero sucio penetre en el sistema financiero, las posibilidades de rastrear con éxito su procedencia ilícita, a través de una investigación criminalístico-financiera son nulas (2000, p. 1). En la misma línea, Lamas Puccio sostiene que el sector más afectado y utilizado en las operaciones de lavado de dinero es el sistema bancario debido a la variedad de servicios que brinda y la estrecha interrelación con las actividades económicas (2016, p. 129).

Frente a ese panorama, instrumentos internacionales, como la Convención de Viena (1988), destacaron la necesidad de que los Estados parte implementen mecanismos para la detección y comunicación de operaciones sospechosas de lavado de activos en el marco de las instituciones financieras. Así las cosas, el

legislador peruano decidió normar administrativamente la obligación de implementar un Sistema de Prevención de Lavado de Activos (SPLAFT) dentro del cual se encuentra la obligación de comunicar operaciones sospechosas cuya responsabilidad es —por designación— del oficial de cumplimiento. Además, y contrariamente a la política legislativa seguida a nivel comparado³, se ha optado por tipificar expresamente un delito de omisión de comunicación incorporado en el D. Leg. N.º 1106. Como veremos, esto es lo que complica tratar el tema de la responsabilidad penal del officer compliance por el delito de lavado de activos.

1. El sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo

El Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT) comenzó a regularse en el Perú con la Ley N.º 27693, que obliga a determinados sujetos a que implementen este compliance administrativo para detectar y reaccionar ante los riesgos de comisión de lavado. Así, el art. 3º de la Resolución de la SBS N.º 2660-2015, define al SPLAFT como un conjunto de componentes de cumplimientos conformados por políticas y procedimientos establecidos por las empresas para gestionar los riesgos de lavado de activos y garantizar el deber de reserva indeterminado de la información relacionada al sistema, por ejemplo, para detectar oportunamente y reportar operaciones sospechosas.

Los sujetos obligados a implementar un SPLAFT no son todas las personas jurídicas, sino tan solo aquellas que se encuentran en los numerales 3.1 y 3.2 de la Ley N.º 29038, por

³ Adicionalmente al caso peruano, entre los pocos países en los que se criminaliza el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, se encuentra

Colombia, a nivel regional, y Eslovenia y Suiza, a nivel europeo.

ejemplo, las aquellas relacionadas al sector financiero y de seguros como las emisoras de tarjetas de crédito, sociedades agentes de bolsa, cooperativas de ahorro y crédito; las que se dedican a la compra y venta de divisas, entre otras. Sin embargo, estos sujetos obligados deberán designar a un oficial de cumplimiento, ya que será él quien deberá informar a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) sobre las operaciones o transacciones sospechosas.

2. Oficial de cumplimiento

Particular atención merece el llamado oficial de cumplimiento u *Officer Compliance* en el ámbito de prevención del delito de lavado de activos. Nos referimos a aquella persona natural delegada por la administración de la persona jurídica para vigilar la adopción y funcionamiento del SPLAFT. Esto quiere decir que los deberes de información (*whistleblowing*) que tienen originalmente los sujetos obligados serán transferidos al oficial de cumplimiento, siendo aquel ahora quien deberá informar a la Unidad de Inteligencia Financiera aquellas operaciones sospechosas que detecte en la persona jurídica.

En ese sentido, el oficial de cumplimiento tiene un rol trascendental en las políticas criminales tomadas a fin de evitar la comisión del delito de lavado de activos en las instituciones financieras, de manera que su actuación será crucial para prevenir y detectar activos de origen ilícito que traten de ser incorporados al sistema financiero mediante los diversos servicios que ofrece la entidad.

En la doctrina nacional se ha definido al oficial de cumplimiento como “una persona natural que tiene rol protagónico en la detección de los actos de lavado de que puedan gestarse o perpetrarse en el interior de la empresa para la cual labora” (Prado, 2019, p. 249). Además, se ha indicado que la importancia de su designación “se

funda en la necesidad de que haya de por medio un solo interlocutor válido tanto dentro de la misma empresa como frente a terceros, a efectos evitar la descoordinación y la duplicidad de gestiones o esfuerzos” (Lamas, 2016, p. 191 y 192).

OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS

En el proceso de analizar si el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas agota toda responsabilidad penal del oficial de cumplimiento o si puede extenderse a una eventual responsabilidad por el delito de lavado de activos, se hace necesario comenzar por analizar su contenido típico. Así, se debe partir de que el D. Leg. N.º 1106 no regula únicamente conductas de lavado de activos, sino que cuenta con dos tipos penales adicionales incorporados por el legislador atendiendo a las exigencias internacionales en el marco de la lucha contra el lavado de activos. Estos son los delitos de la omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas (art. 5º) y el rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información (art. 6º). Estos delitos no resultan ser modalidades especiales del lavado de activos, pues los injustos realizados no tienen un significado propio de buscar el evitamiento de la identificación de los bienes objetos del delito, sino un contenido distinto. Por supuesto, a efectos de nuestro análisis solo tiene relevancia desarrollar el delito tipificado en el art. 5º.

1. Bien jurídico protegido

Con el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas se protege el correcto funcionamiento y eficacia del sistema antilavado enmarcado en la regulación administrativa. El objetivo de este delito, entonces, no es el de proteger el orden socioeconómico, la administración de justicia, la

libre competencia u otro que la doctrina y jurisprudencia considera como interés protegido en el lavado de activos, sino que se busca tutelar el cumplimiento efectivo de las funciones de los sujetos obligados sobre la detección y reporte de operaciones o transacciones cuyas características inusuales puedan resultar ser indicios de la comisión del delito de lavado de activos y así favorecer al correcto funcionamiento del sistema administrativo de prevención y detección del lavado de activos (Asmat, p. 430).

2. Tipicidad objetiva y subjetiva

El delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas es un delito de omisión propia que se configura cuando el agente, incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente los movimientos económicos sospechosos que hubiera detectado en el marco de sus funciones.

El contenido de este tipo penal se dirige a criminalizar casos de omisión de una conducta exigida, lo que implica la infracción de una norma imperativa (Hurtado y Prado, 2011). La conducta exigida y cuya realización se omite es la de comunicar a la autoridad competente de la existencia de determinadas operaciones o transacciones a la autoridad. En este contexto, la ley administrativa señala que la comunicación se deberá dar a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), quien será la encargada de posteriormente, de ser que el caso así lo amerite, comunicar al Ministerio Público para el inicio de las investigaciones.

Ahora, el agente activo no puede ser otro que el oficial de cumplimiento designado por el sujeto obligado conforme a la ley administrativa para la supervisión de las operaciones económicas en las que puedan surgir indicios delictivos de lavado de activos. Esto se desprende

de la Resolución SBS N.º 838-2008 que indica que “el oficial de cumplimiento es el único que puede calificar la operación como sospechosa y proceder con su comunicación a la UIF-Perú”. De este modo, se debe rechazar un criterio extensivo sobre el sujeto activo de este delito (Reyna, 2018, p. 440).

El oficial de cumplimiento es quien ostenta los deberes de supervisión de las operaciones realizadas por los clientes del sujeto obligado para el que fueron designados. En ese sentido, nos encontramos ante un delito especial propio y un delito de infracción de deber, ya que solamente él puede ser el responsable por este delito, excluyendo cualquier tercero sin esta posición especial de prevención del delito de lavado de activos que emana del SPLAFT (Reyna, 2018; Reátegui, 2017, p. 112) mediante el reporte de operaciones o transacciones sospechosas.

Las operaciones o transacciones serán catalogadas como sospechosas tras un análisis sistemático y logístico del oficial de cumplimiento del cual se desprenda que estas se salen del parámetro común en el que determinado cliente es identificado (Reátegui, 2017, p. 113), entre las que se encontrarán movimientos económicos cuya velocidad o continuidad dotan de una característica inusual a la operación, lo que implica que no se corresponda con las operaciones estándar realizadas por los clientes en general o un cliente en específico. Al no encontrarse una razón que justifique tal característica inusual, el oficial de cumplimiento calificará a la operación o transacción como sospechosa, comunicándose dentro de los treinta días a la UIF-Perú mediante un reporte de operaciones sospechosas (ROS). El puro incumplimiento del reporte acarrea responsabilidad penal, de modo que estamos ante un claro delito de mera desobediencia.

Para la consumación del delito será irrelevante la determinación de que las operaciones o transacciones sospechosas resultaron ser completamente lícitas tras las indagaciones correspondientes. Esto tiene sentido nuevamente por la naturaleza del delito, el cual no resulta ser una modalidad de lavado de activos.

En cuanto al tipo subjetivo, este delito encierra un tipo penal doloso y uno culposo, siendo solamente el primero en el que se centrará el análisis. En el tipo penal doloso no se exigen elementos adicionales al dolo que le doten la característica de ser un elemento de tendencia interna, a diferencia de las modalidades del lavado de activos que sí requieren una especial finalidad de evitar la identificación del origen de los activos. De esta forma, bastará con el conocimiento y la voluntad de omitir reportar la operación o transacción sospechosa, sin actuar con esta especial finalidad.

OFICIAL DE CUMPLIMIENTO Y EL LAVADO DE ACTIVOS

1. Cuestiones previas

La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento por el delito de omisión de reporte de operaciones o transacciones sospechosas ha tenido como fin aumentar las medidas en favor del fortalecimiento del sistema antilavado. Su necesidad político-criminal resulta compatible con los estándares internacionales a fin de gestionar los peligros generados por los sujetos obligados que representan un peligro latente para la sociedad, sobre todo los riesgos generados en el ámbito financiero. De ahí que la doctrina autorizada haya considerado de manera unánime la legitimidad de su tipificación en el artículo 5° del D. Leg. N.º 1106.

No obstante lo anterior, un problema evidente que salta a la vista en las discusiones dogmáticas de la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento se tiene al evaluar si la responsabilidad por este delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas agota todas las posibilidades en las que el oficial de cumplimiento pueda intervenir delictivamente en el contexto de las operaciones y transacciones económicas. En específico, resulta importante discutir su eventual responsabilidad penal por el delito de lavado de activos en el marco de sus funciones de reporte a la UIF-Perú. Es decir, ¿un oficial de cumplimiento podría responder por el delito de lavado de activos con una omisión de comunicación de operaciones sospechosas? De ser así el caso, ¿qué modalidad de lavado realizaría y bajo qué título se le imputaría?

En la doctrina la posibilidad de imputar al oficial de cumplimiento el delito de lavado de activos ha sido asimilada a través de la comisión por omisión, figura regulada en el artículo 13° del Código Penal. Así, a partir de las reglas establecidas para la configuración de comisión por omisión, se plantea que la conducta del oficial de cumplimiento de omitir realizar la comunicación de determinada operación o transacción sospechosa con la intención de coadyuvar a la comisión de un específico proceso de lavado debería considerarse como la realización del delito de lavado de activos en comisión por omisión.

Siendo así, consideramos que para fundamentar la comisión por omisión del delito de lavado de activos por el oficial de cumplimiento en este tipo de casos se debe realizar una argumentación estructurada en el siguiente orden y sentido: como primer punto se deberá responder si se cumplen los requisitos establecido para la configuración de la comisión por omisión; es decir, si el oficial de

cumplimiento tiene efectivamente un deber de garante del bien jurídico protegido en el lavado de activos —y no así únicamente del deber de garante sobre el sistema antilavado recogido por el art. 5° D. L. N.° 1106—, además de determinar si la conducta de omitir el reporte puede equivaler normativamente a una conducta de lavado de activos, dentro de lo que se deberá esclarecer cuál o cuáles serían las modalidades susceptibles de ser cometidas. Esclarecido lo anterior, como segundo punto se debe responder a si la conducta del oficial de cumplimiento se corresponde a un acto de coautoría o a un acto de participación.

2. La comisión por omisión⁴

En el ordenamiento peruano la institución de la comisión por omisión se encuentra regulado en el artículo 13° del Código Penal (1991) bajo los siguientes términos:

Artículo 13.- Omisión impropia

El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.
2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada.

Antes de evaluar los dos presupuestos que encierra esta figura debemos sentar muy brevemente sus conceptos básicos. Con ese objetivo, debemos partir de que el Derecho Penal castiga conductas comisivas u omisivas como

expresiones del comportamiento humano capaces de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos. La diferencia entre ambas formas radica en que, mientras que las formas comisivas del comportamiento son criminalizadas por la inobservancia de una obligación de no hacer (infringiendo normas de prohibición) las formas omisivas lo son por la inobservancia de una obligación de hacer (infringiendo normas de mandato).

En cuanto a los delitos de omisión, estos pueden ser clasificados como de omisión propia y de omisión impropia. Estos se diferencian en que en los primeros quienes cometen el delito no ostentan un deber respecto a la evitación del resultado lesivo y representa lo que en el derecho penal se conoce como una “omisión pura”, pues el contenido típico se agota en la verificación de la ausencia de una determinada conducta de una persona. Además, los delitos de omisión propia por lo general se encuentran tipificados de manera expresa en la ley como delitos omisivos (v. gr. delito de omisión de prestación de alimentos, delito de omisión de auxilio, entre otros). En cambio, los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión⁵ son aquellos en los que quien lleva a cabo la conducta omisiva se encuentra obligado a evitar el resultado lesivo o reducir el peligro al bien jurídico por ser garante de la no producción del mismo (Mir Puig, 2016, p. 322), de modo que el no hacer del agente termina subsumiéndose en un tipo penal. Partiendo de estas consideraciones desarrollaremos de manera breve lo que se tiene que entender como la comisión por omisión.

⁴ Nos distanciamos de la posición doctrinal que considera que la comisión por omisión resulta una transgresión al principio de legalidad. En esa línea, Cfr. Zaffaroni, E., Slokar, A. y Aliaga, A. (2008). *Manual de Derecho Penal*. Ediar, Buenos Aires, pp. 451 y ss. Esto es así pues, siendo que la necesidad de no dejar impune conductas que se sustenten con deberes específicos es una obligación no solo

dogmática sino político-criminal de evitar lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos tan importantes.

⁵ La doctrina es unánime en considerar que ambos conceptos encierran el mismo significado, por lo que no es necesario realizar disquisiciones al tratar de diferenciarlos. Sin embargo, por meras cuestiones terminológicas nos referiremos a esta figura principalmente como comisión por omisión.

a) La posición de garante

Del texto legal se desprende que el primer presupuesto para sancionar en comisión por omisión es la existencia de un deber jurídico de impedir o controlar un peligro. Esta institución jurídico penal es denominada en la doctrina como la posición de garante, la cual viene a ser aquella situación jurídico-penal en la que se encuentran determinados agentes que ostentan una obligación especial de resguardo respecto de bienes jurídicos específicos. En la doctrina nacional se ha definido a la posición de garante como un deber especial contenido en determinados tipos penales y cuya utilidad dogmática es relevante en el ámbito de la autoría y la participación (Pariona, 2011, p. 75). En la misma línea, también significa que a la persona a quien se realiza la imputación jurídico-penal es portadora de una obligación, la cual genera un vínculo de realización de una acción evitadora de la creación o realización de riesgos jurídico-penalmente no permitidos (Salazar, 2019, p. 574 y ss).

La determinación de una posición de garante no resulta simple, pues no es tan sencillo como decir que cualquier deber jurídico da lugar a una. De hecho, el análisis de la determinación de una posición de garante puede resultar más complejo en ámbitos en el que algunos usos o reglas del derecho penal tienden a relativizarse por estricta necesidad dogmática y político-criminal. En tal sentido, en tanto esta investigación se enmarca en el sector de la llamada criminalidad empresarial, la determinación de la posición de garante resulta una tarea que se debe realizar con sumo cuidado y precisión.

Por ello, para determinar la posición de garante debemos de servirnos de las fuentes de la que pueden nacer. Consideramos que los deberes de garantía surgen únicamente en tres supuestos:

1) por la mantención de fuentes de riesgo del propio ámbito, 2) por injerencia y 3) por la asunción de un deber delegado (Lascuraín, 2014, pp. 3 y 4). La mantención de fuentes de riesgo del propio ámbito implica el control que un agente debe mantener respecto de peligros que le conlleva su vida cotidiana, tal y como se da con el deber del dueño de un animal de impedir que haga daños a terceros; el segundo supuesto implica la intromisión en un contexto riesgoso por una conducta realizada; por último, el tercero conlleva al otorgamiento específico de deberes por el otorgamiento de una posición especial, tal como un cargo funcional.

b) La equivalencia jurídica

El segundo presupuesto del artículo 13° del Código Penal es la denominada cláusula de correspondencia. Su exigencia resulta fundamental en el entendido de que para el legislador no resulta suficiente una posición de garante para configurar un delito en comisión por omisión, sino que es preciso poder evidenciar en un contexto delictivo una equivalencia normativa entre la omisión realizada por el garante con la realización del delito de comisión; es decir, que un no hacer equivale valorativamente a un hacer. Los criterios para realizar esta equiparación no son totalmente claros, lo que se contrasta con la extensa discusión dogmática llevada a cabo desde antiguo.

Consideramos que la equivalencia jurídica entre la omisión y la acción significa que la omisión sea imputable objetiva y subjetivamente al garante por la creación de un riesgo prohibido (García, 2019, p. 585). Bajo esta lógica, no todo garante podrá poner en peligro un bien jurídico porque su conducta se mantuvo en el marco del riesgo permitido. Así, por ejemplo, será imputable en comisión por omisión por el delito de homicidio el dueño de un animal feroz cuando este ataca a un menor de edad hasta

matarlo y no realiza ningún acto de salvamento, debido a que no actuó para controlar el riesgo creado por un foco de peligro que debía mitigar. Caso distinto es que no se podrá imputar a un alcalde el delito de colusión por presuntamente haberse concertado sin realizar una conducta idónea que incremente el riesgo que permita arribar a un acuerdo defraudatorio contra el Estado. De lo mencionado, es clara la existencia en ambos casos de una posición de garante (por un lado, el control de un foco de peligro y, por el otro lado, el deber funcional de la administración pública), como también es claro que esta posición no fundamenta de manera automática la comisión por omisión, debiendo realizarse una asimilación jurídica entre la omisión y la acción bajo reglas de imputación.

Es así que se desprende la necesidad de la evaluación caso por caso de la construcción de la equivalencia jurídica independientemente de la posición de garante que se ostente. Sin duda, no basta con la simple enunciación de la equivalencia entre los comportamientos de acción y omisión, sino que se debe establecer una fórmula lógica que permita decidir cuándo una omisión es equivalente a la acción típica contenida en el delito base, y cuándo no lo es (Bustos, 2004, p. 995).

3. El lavado de activos cometido en comisión por omisión

Habiendo sentado las bases de los fundamentos dogmáticos de la omisión impropia y tomado postura por el contenido de sus elementos, de manera que la argumentación de la responsabilidad del *officer compliance* no quede

sustentada solo en meras cuestiones de política criminal que si bien son la base, no son suficientes⁶. En este apartado, se aplicarán dichos conceptos al caso específico de la posibilidad de responsabilizar al *officer compliance* por el delito de lavado de activos en la modalidad de comisión por omisión y ya no solo por el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas.

Ahora bien, a fin de hacer más didáctica la explicación, hemos considerado pertinente proponer y partir del siguiente caso: Una institución bancaria “X” designa al oficial de cumplimiento “A” para que realice las labores de supervisión, prevención, información y vigilancia en dicha persona jurídica. Sin embargo, al cabo de unos días “A” concierta con el cliente “B” una repartición de roles y tareas a fin de instrumentalizar al banco para lavar activos, acordando que al momento en que el cliente “B” realice una serie de transferencias económicas de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas a una cuenta bancaria de un tercero abierta en dicha institución bancaria, el oficial de cumplimiento “A” no realice el reporte de operaciones o transferencias sospechosas (ROS), incumpliendo así sus deberes asumidos mediante delegación. Con ello, lo que se busca es evitar la identificación del origen de estos activos.

En los apartados siguientes, con base en el caso propuesto, se buscará sustentar si existe responsabilidad del oficial de cumplimiento por el delito de lavado de activos en la modalidad de comisión por omisión y la posibilidad de un eventual concurso con el delito de omisión de comunicación de operaciones y transferencias sospechosas.

⁶ En la doctrina alemana, se ha criticado que si bien la mayoría de autores suelen responder afirmativamente a la pregunta de si el *officer compliance* tiene un deber de garante, lo cierto es que en muchos casos parece que ello responde a “consideraciones político criminales antes que a

reflexiones dogmáticas. De ningún modo queda hasta ahora claro si la afirmación de un deber de garante del encargado de cumplimiento es compatible con los fundamentos dogmáticos de la omisión” (Rotsch, 2022, pp. 302 y 303).

a) La posición de garante del oficial de cumplimiento

Conforme se evidenció en la sección anterior, el primer requisito para sancionar a un oficial de cumplimiento por el delito de lavado de activos en comisión por omisión es que este cuente con una posición de garante. Así, en el caso específico esta es definida como el deber especial que ostenta un sujeto de evitar el riesgo de comisión de lavado de activos en la institución financiera a la que pertenece. Además, el bien jurídico resguardado por la posición de garante es la confianza y el correcto funcionamiento del sistema financiero, como parte del orden socioeconómico.

En este espacio nos ocuparemos de determinar si el oficial de cumplimiento ostenta dicho deber de garante y, sobre todo, cuáles son las bases que lo fundamentan. Para ello, comenzaremos pronunciándonos sobre el deber especial que les confiere la Ley N.º 27693 a los directivos y órganos de la administración de las instituciones financieras por los elevados riesgos de comisión de lavado de activos mediante los servicios que brindan, ya que serán estos sujetos obligados los que posteriormente delegarán dicho deber al oficial de cumplimiento.

Conforme se contextualiza en el primer apartado de este trabajo, las entidades financieras y los servicios que brindan representan un elevado foco de riesgos para la comisión del delito de lavado de activos, por lo cual se pone en peligro el sistema financiero como parte del orden socioeconómico, pues los agentes de lavado buscarán que sus activos ilícitos se incorporen al tráfico económico de la entidad. En vista de ello, se ha previsto que los administradores en representación de las personas jurídicas tengan la calidad de “sujetos obligados” frente a la implementación de un SPLAFT y la

comunicación de operaciones sospechosas a la UIF (numerales 3.1 y 3.2 de la Ley N.º 29038).

En esa misma línea, Salcedo Machado sostiene que “la norma peruana se ha decantado por otorgar a los miembros del Directorio y Gerencia General una ‘posición de garante’ frente a la implementación del Sistema de prevención de lavado de activos, adopción que genera que estos funcionarios posean una posición especial frente a la evitación de operaciones de lavado de activos” (2012). Sobre ello se debe resaltar que “la función central de las regulaciones preventivas en materia de lavado de activos es el mantenimiento de confianza en el sistema financiero” (Lamas Puccio, 2016, p. 133). De ahí que “la doctrina penal le asigne [al sujeto obligado] una condición de garante del sistema financiero y de su estabilidad y confianza” (2000, p. 9).

Así, queda claro que los órganos de administración de las instituciones financieras cuentan con un deber de garante, pero queda pendiente responder si es que los oficiales de cumplimiento también cuentan con esta posición. Para responder ello, se debe hacer mención del artículo 14º del Reglamento de la Ley N.º 27693 que menciona la designación del oficial de cumplimiento por el sujeto obligado y, con ello, la delegación de la posición de garante. Además, es indispensable recordar que la Resolución SBS N.º 838-2008 que indica que el oficial de cumplimiento es el único que puede calificar la operación como sospechosa y proceder con su comunicación a la UIF-Perú.

Con base en todo lo mencionado, el oficial de cumplimiento sí cuenta con una posición de garante respecto al delito de lavado de activos, esto es, en el caso planteado, tiene el deber especial por delegatura de prevenir que se utilicen los servicios que brinda la institución financiera a la que pertenece para que se realicen una serie de

transferencias de dinero proveniente del TID y de evitar los riesgos de que se cometa el delito de lavado de activos de forma mediata, es decir, reportando a la UIF las operaciones sospechosas que se realizarán. Sin embargo, en nuestro caso, el oficial de cumplimiento no solo omitirá comunicar las transacciones, sino que ha acordado expresamente con el agente de lavado que este será su rol en el plan delictivo.

Adicionalmente, cabe resaltar que en la doctrina comparada, dado que no cualquier incumplimiento de los deberes de prevención dan lugar a la responsabilidad penal del *officer compliance*, Dópico Gómez propone los siguientes presupuestos de imputación: “a. Omisión ante un delito que se podía impedir (...); b. Omisión de una conducta debida que habría obstaculizado el delito (...); y c. Que el delito sea de aquellos cuya prevención compete al garante” (2012, p. 6).

Ha quedado claro que el oficial de cumplimiento efectivamente ostenta una posición de garante de prevención del delito de lavado de activos, sin embargo, consideramos que también deben tomarse en cuenta los otros dos presupuestos propuestos por Dópico ya que no sería posible hablar de tal deber especial si el delito ya se encuentra consumado o si la conducta omitida es inidónea para prevenir el delito. Siendo así, aplicado al caso específico, los presupuestos que se sustentarán a continuación son los siguientes: i) que el lavado de activos no se haya consumado aún y que ii) la conducta omitida de comunicar las operaciones o transacciones sospechosas a la UIF habría supuesto una obstaculización para la comisión del delito de lavado de activos.

Sobre el primero, el autor menciona que existen dos supuestos según sea la evitación de la consumación del delito o de impedir la continuidad delictiva. Al ser el lavado de activos

un delito proceso, es decir, la realización de alguno de los actos supone que necesariamente posteriormente se realizará un siguiente acto de lavado, entonces la comunicación de esa operación sospechosa, que si bien de por sí sola ya consumó el delito de lavado de activos, sí supone la interrupción de la continuidad del delito y, consecuentemente, el éxito de la operación de lavado. Ahora bien, en el caso propuesto, se conoce ciertamente que se realizarán transferencias de dinero ilícito ya que se tiene un acuerdo previo, por lo que existe la posibilidad de impedir de manera mediata la consumación del delito informando a la UIF de las operaciones sospechosas que deliberadamente decidió hacer caso omiso.

Sobre el segundo, Dópico comenta que se configura el presupuesto cuando se abre una investigación para obtener la información necesaria o directamente se remite la información al órgano responsable. En el caso, la conducta omitida de comunicar las operaciones o transacciones sospechosas a la UIF habría supuesto una obstaculización para la comisión del delito de lavado de activos ya que esto supondría la evaluación de dicha entidad financiera y el correspondiente traslado al Ministerio Público para la incoación de un proceso penal.

b) Equivalencia jurídica de la omisión del reporte en relación al lavado de activos

Tal como habíamos previsto, la equivalencia jurídica es el segundo paso para determinar cuándo la imputación en comisión por omisión resulta válida. Así, solamente una omisión que sea imputable objetiva y subjetivamente al garante será susceptible de configurar el tipo penal base en comisión por omisión.

En este espacio debemos determinar cómo una omisión de comunicación de operaciones

sospechosas del oficial de cumplimiento es normativamente equivalente a una conducta de lavado y, sobre todo, en qué modalidad es subsumible la conducta. Para ello, partiendo de los datos de nuestro caso previamente planteado, tenemos el supuesto en el que un oficial de cumplimiento “A” concierne con un cliente “B” a fin de no reportar las transacciones de dinero ilícito que este realizará a una cuenta bancaria de un tercero a través de la entidad bancaria con la finalidad de que se evite la identificación su origen. Es decir, el tipo base es el de lavado de activos en su modalidad de actos de transferencia, el cual se enmarca dentro del lavado de activos en su modalidad del art. 1° D. L. N.° 1106 que menciona “el que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, [...]”.

La modalidad de transferencia del lavado de activos es asumida como la segunda fase del proceso de lavado de activos conocida como la intercalación, momento del proceso de lavado en el que se actúa sobre dinero o bienes previamente “colocados”. En esta segunda fase, la tarea del lavador es la de realizar una multiplicidad de transferencias económicas a cuentas ajenas con el objeto de alejar aún más los capitales de origen ilícito de su fuente de origen (García, 2015, p. 512 y 513; Lamas, 2016, p. 100). En la jurisprudencia, la Corte Suprema ha señalado que los actos de transferencia tienen como finalidad procurar el alejamiento de los bienes de su primera transformación “mediante una sucesión en serie y de modo continuo de complicadas y diversificadas transacciones” (Recurso de Nulidad N.° 3474-2012).

Comprendiendo el sentido de los actos de transferencia, consideramos que se cumple con el segundo requisito para la comisión por omisión del lavado de activos. La omisión del oficial de

cumplimiento “A”, que no reporta las transacciones de dinero de las que tiene conocimiento provienen de fuentes ilícitas, actuando además con la finalidad de evitar la identificación, cumple con la cláusula de correspondencia para la realización del tipo de lavado en su modalidad de transferencia debido a que no solo no controla el riesgo, sino que dolosamente se aboca a crear uno y no contenerlo. Con esto, comete el delito de lavado de activos en comisión por omisión y relega la posibilidad de imputar el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas.

La razón por la que se llega esta equiparación es por el uso del criterio de la valoración del injusto de la conducta del oficial de cumplimiento. Es decir, se construye la correspondencia entre la omisión y la acción mediante el criterio del merecimiento de pena, lo cual es una forma asumida en la doctrina dominante (García, 2019, p. 573). Ciertamente, no reportar una operación económica cuando se conoce del origen ilícito y se actúa para evitar su identificación es una conducta que termina produciendo una afectación al orden económico y la administración de la justicia, no solo al correcto funcionamiento del SPLAFT.

En ese sentido, es imputable objetivamente al oficial de cumplimiento el organizarse y dividir los roles a efectos de omitir el reporte, pues tiene todo el sentido de un acto idóneo que directamente lesiona el bien jurídico protegido en el lavado de activos. Además, es imputable subjetivamente al oficial de cumplimiento “A” el realizar la omisión de reporte de operaciones sospechosas ya que actúa con el conocimiento de la naturaleza ilícita del dinero objeto de transacción. Asimismo, también se verifica la finalidad especial de evitar la identificación del origen del dinero, lo que quiere decir que actúa con la tendencia de alcanzar un resultado que excede el tipo objetivo. En suma, a

nivel subjetivo se cumple tanto con el dolo como con el elemento adicional a este, que es el elemento de tendencia interna de evitar la identificación del origen delictivo del dinero.

En otras palabras, el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas es excedido en su contenido de injusto cuando el oficial de cumplimiento “A” no solo omite comunicar una transacción, sino que objetivamente crea un riesgo al organizarse delictivamente con el cliente “B” y favorecer el proceso de lavado de activos mediante la omisión del reporte de operaciones sospechosas. Además, este delito es excedido subjetivamente porque el agente no solo actúa con el dolo de omitir la transacción sospechosa, sino que mantiene el conocimiento de la ilicitud de la transacción y actúa con la tendencia interna de evitar la identificación del origen delictivo.

Este exceso genera la necesidad de dar un tratamiento diferenciado al caso esbozado y el oficial de cumplimiento no responda ya por el delito de omisión de comunicación, sino directamente por el lavado de activos en comisión por omisión. Resultaría valorativamente ilegítimo dar un trato menos severo a esta conducta del oficial de cumplimiento, en el entendido que el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas presenta una pena menos grave (cuatro a ocho años de pena privativa de la libertad) que el delito de lavado de activos que en su modalidad agravada puede llegar a tener penas bastante elevadas (no menos de veinticinco años).

De esta manera, Abanto (2017) menciona sobre la responsabilidad en comisión por omisión del lavado de activos por el oficial de cumplimiento: “el sujeto activo debe cumplir además con los demás elementos del tipo objetivo y subjetivo, es decir, con su omisión debe haber facilitado la ejecución por otro de las acciones de

lavado (convertir, transformar, ocultar, etc.) que él conocía, todo lo cual deberá ser probado” (p. 134).

La consecuencia dogmática clara que genera el razonamiento previamente desarrollado es que, de ser que se cumplan los elementos señalados, nos encontraremos ante un concurso aparente de leyes. Esto es, se deberá asumir que a pesar de verificarse la subsunción de una misma conducta en dos tipos penales distintos, se aplicará solamente uno de ellos. Este supuesto de concurso ha sido abordado por la jurisprudencia suprema en el siguiente sentido:

Se verifica cuando varias disposiciones convergen hacia el mismo hecho (acción), pero la aplicación de una de estas excluye la de las demás. Esto es, el contenido del injusto se encuentra abarcado de modo completo por un solo tipo penal, de modo tal que los demás tipos quedan suprimidos (Corte Suprema, Casación N.º 1204-2019)

Esta solución ha sido respaldada por cierta parte de la doctrina nacional. Así, Gálvez Villegas (2016) nos menciona que: “también puede presentarse concurso aparente de normas a resolverse aplicando el principio de consunción, cuando el agente de la omisión además participa dolosamente con los agentes del delito de lavado contribuyendo a que se concrete dicho delito” (p. 178).

A partir de lo mencionado, no consideramos justificada la posición del sector doctrinario que considera que la omisión del reporte por el oficial de cumplimiento con la intención de evitar la identificación del dinero ilícito implicaría un aporte a la realización del lavado en forma de complicidad. Así lo señalan, por ejemplo, Carrión y Urquiza (2015), quienes indican que “la actuación del oficial de

cumplimiento bien podría constituir parte integrante del más amplio acto de lavado del artículo 2° del D. Leg. 1106, siempre, claro está, que su intervención cumpla con las exigencias subjetivas de la complicidad” (p. 390).

CONCLUSIONES

Dentro del complejo marco dogmático de la imputación del lavado de activos en comisión por omisión las conclusiones a las que arribamos son las siguientes: En primer lugar, el sistema financiero es el principal foco criminógeno para la comisión de procesos de lavado de activos, contexto en el que interviene una multiplicidad de agentes económicos mediante una multiplicidad de actos que hacen más compleja lo cual hace que la responsabilidad penal de los sujetos se vea muchas veces difuminada.

En segundo lugar, justamente este contexto de peligro empresarial hace surgir de la necesidad de crear deberes de garantía para determinados agentes que serán una pieza clave en la lucha contra el lavado de activos debido a la especial cercanía que mantiene con los clientes financieros. Entre tantos, destaca el oficial de cumplimiento como sujeto encargado del cumplimiento del Sistema de Prevención del Lavado de Activos, posición que le dota de deberes de supervisión y de control de riesgos en la prevención de delitos de lavado de activos.

En tercer lugar, es posible imputar el lavado de activos en comisión por omisión al oficial de cumplimiento, sobre todo cuando nos manejamos dentro del supuesto del caso mencionado. Es decir, será posible imputarle en esta forma el delito debido a su posición de garantía por la delegación de deberes por el sujeto obligado, lo que lo obliga a controlar riesgos para la prevención del lavado de activos a través de la comunicación de operaciones sospechosas. Así, en caso que su conducta cree un riesgo objetiva y

subjetivamente imputable a su persona, será posible de responsabilizarse en la modalidad de transferencia del lavado de activos en comisión por omisión, descartando ya la posibilidad de castigarlo mediante el delito periférico del artículo 5° por exceder su injusto.

Como comentario final. Los argumentos usados en este trabajo no han pretendido agotar la entera discusión dogmática que nos trae esta posibilidad, pretendiendo ser antes que nada un aporte interpretativo al entendimiento de la figura de la comisión por omisión del lavado en los casos específicos de las transacciones bancarias. En ese sentido, el resultado al que se arribe puede variar dependiendo de la modificación de elementos en el contexto delictivo, la intervención de más agentes tales como directivos de la empresa, otras formas de actuación del oficial de cumplimiento, entre otros. Sin duda, la forma de imputar el lavado de activos en comisión por omisión es un debate aún abierto que ha mantenido relevancia sobre todo en ordenamiento extranjeros, habiendo sido por ello nuestro principal objetivo la pretensión de dar más luces de esta en el ordenamiento jurídico penal peruano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. (2017). *El delito de lavado de activos. Análisis crítico*. Lima: Grijley.
- Asmat, D. (2015). La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial. Un breve análisis comparativo entre Alemania-Perú y EEUU. En KAI AMBOS, et al (coords.) *Lavado de activos y compliance perspectiva internacional y derecho comparado*. Jurista Editores, Lima.
- Bustos, J. (2004). *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*, Tomo I. Lima: Ara Editores.

- Carrión, A. y Urquiza, G. (2015). La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial. Un breve análisis comparativo entre Alemania-Perú y EEUU. En KAI AMBOS, et al (coords.) *Lavado de activos y compliance perspectiva internacional y derecho comparado*. Jurista Editores, Lima.
- Dópico Gómez-Aller, J. (2012). *Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del Compliance Officer y otros garantes en la empresa*. En: Actualidad jurídica Aranzadi, N.º 843, 2012, p. 6.
- Gálvez, T. (2016). *Autonomía del delito de lavado de activos*. Lima: Ideas Solución Editorial.
- García, P. (2019). Derecho Penal Parte General, 3a ed. Lima: Ideas Solución Editorial.
- Hurtado, J. y Prado, V. (2011). *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Tomo I. Lima: IDEMSA.
- Lamas, L. (2016). *Lavado de activos y operaciones financieras sospechosas*. Lima: Instituto Pacífico.
- Lascuraín, J. (2014). *Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)*. En: Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal, coord. por Juan Carlos Hortal Ibarra, Vicente Valiente Ivañez; Santiago Mir Puig (dir.), Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), Víctor Gómez Martín (dir.), pp. 301-336.
- Luzón, D. (2016). *Derecho Penal. Parte general*, 3ª edición. Montevideo: B de F.
- Mendoza, F. (2022). *Lavado de activos y criminalidad empresarial*. Lima: Jurista Editores.
- Mir, S. (2016). Derecho Penal Parte General, 10a Ed. Barcelona: Editorial Reppertor.
- Pariona, R. (2011). La teoría de los delitos de infracción de deber. En *Gaceta Penal & Procesal Penal* (19) pp. 69-83.
- Prado, J. (2019). La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el sistema antilavado de activos. En ROJAS VARGAS, Fidel y PRADO SORIANO, José (Dirs.), *Compliance aplicado al derecho penal. Un análisis integral conforme a las últimas modificaciones legislativas y derecho comparado*. Ideas Solución Editorial, Lima.
- Reátegui, J. y Reátegui, R. (2017). El delito de lavado de activos y el crimen organizado. Lima: A&C Ediciones.
- Prado, V. (2000). Mecanismos administrativos de prevención del lavado de dinero y la responsabilidad penal de los agentes del sistema financiero. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20080528_45.pdf
- Recurso de Nulidad N.º 3474-2012. (2013). <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page>
- Reyna, L. (2018). La responsabilidad penal del *compliance officer*: algunas consideraciones iniciales sobre el nuevo delito de omisión culposa de comunicación de operaciones sospechosas en el Código Penal peruano. En REYNA ALFARO, Luis (Dir.), *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ideas Solución Editorial, Lima.
- Salazar, N. (2019) Comisión por omisión. En: Nelson Salazar Sánchez (Dir.) *Comentarios al Código Penal peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.

Salcedo, P. (2012), La responsabilidad penal de los órganos de gobierno de las entidades financieras en la comisión del tipo base de lavado de activos. <https://www.cedpe.com/en/la-responsabilidad-penal-de-los-organos-de-gobierno-de-las-entidades-financieras-en-la-comision-del-tipo-base-de-lavado-de-activos-notas-sobre-la-responsabilidad-penal-del-directorio-y-gerenc/>