

El sujeto obligado a reportar operaciones sospechosas frente a la justicia penal.

Fiscalía
GENERAL DE LA NACIÓN

Objetivo de la presentación

- El objetivo de esta presentación es transmitirles la visión del jerarca de la Fiscalía, respecto de cuáles son las situaciones en que ustedes pueden encontrarse mañana ante la justicia, si la empresa en la que trabajan es utilizada como vehículo para lavar activos.

- La política pública de prevención del lavado de activos requiere del sector privado una estrecha cooperación con el sector estatal.
- Esta política pública requiere que el sector privado realice determinada actividad de monitoreo, control y reporte sobre la actividad de los sectores económicos considerados vulnerables de ser utilizados para lavar activos.

- Desplazamiento de parte de la carga de control y vigilancia del Estado sobre estas actividades al sector privado.
- Actividades:
 - básicamente las financieras (bancos, cambios y seguros) y
 - algunas no financieras que son designadas por ley como de riesgo de ser utilizadas para lavar activos.

Sujetos obligados

El legislador establece cuáles son esas actividades y qué sujetos de los que se desempeñan en las mismas son los obligados a controlar, monitorear y reportar.

Son los denominados sujetos obligados.

Rol de la Fiscalía:

- No es determinar qué actividades son de riesgo.
- No es determinar qué sujetos son o no obligados a desarrollar estas actividades de monitoreo, control y reporte.
- No es controlar si los sujetos obligados cumplen o no con las conductas a las que están obligados.
- Es **investigar los casos de presunto lavado de activos**, reunir la evidencia y si a la luz de la misma entendemos que se cometió un delito, **perseguir criminalmente a sus autores.**

- La sanción del incumplimiento de las conductas de monitoreo, control y reporte por parte de los sujetos obligados es función de la autoridad administrativa, no de la justicia penal.
- El análisis del cumplimiento o incumplimiento de estas conductas impuesta a los sujetos obligados, sólo será efectuado por la justicia penal en caso de que la empresa en la que ustedes se desempeñan haya sido utilizada como vehículo para lavar activos.

Análisis de la justicia penal:

- Posición jurídica: determinar cuál es la posición jurídica de los sujetos obligados frente a la norma penal.
- En un caso de lavado qué aspectos va a analizar en el comportamiento de las empresas utilizadas como vehículos.

Posición jurídica:

- Es importante determinar la posición jurídica que tienen los sujetos obligados a reportar las operaciones sospechosas, puesto que este será determinante a la hora de analizar sus eventuales responsabilidades.
- Importante: no son garantes.
- El derecho penal establece por un lado normas de **mandato** y por otro lado normas de **prohibición**.

- Las **normas de mandato** pretenden conseguir que los individuos desarrollen determinadas conductas y mediante ellas realicen prestaciones positivas a la esfera de bienes jurídicos ajenos. Por ejemplo asistan a una persona que se encuentre en riesgo de vida.
- Las **normas prohibitivas** pretenden que los individuos no desarrollen determinadas conductas que afecten los bienes jurídicos protegidos. Por ejemplo no matar.
- En general, las normas de mandato se vulneran mediante la omisión y las prohibitivas mediante la acción.

- A los efectos de determinar la posición jurídica como sujetos obligados frente a la norma penal nos interesan las normas de mandato, las que nos obligan a determinado comportamiento y su vulneración a través de una omisión.
- Y no nos interesa cualquier omisión, sino aquella que tiene relevancia penal.
- Podemos definir la omisión penal como la ***“no realización de la acción típicamente indicada como prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico”***.

- Es decir, se requiere la existencia de una **situación de peligro para un bien jurídico** (por ejemplo la vida o la integridad física de una persona) y la **no realización de la conducta típicamente indicada para evitar que dicho peligro se transforme en lesión** (asistirla o dar aviso a la autoridad).

Ahora bien, no existe ninguna norma penal que obligue a los sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas a desarrollar una conducta determinada para evitar la concreción de una maniobra de lavado de activos

- El delito de lavado de activos se comete por acción, no por omisión.
- Pero existe también la **omisión impropia o la comisión por omisión**, que ocurre cuando la conducta esperada y el comportamiento omisivo no se describen en la ley penal expresamente.
- Aquella solo describe un comportamiento activo, que se cumple mediante una omisión que equivale a la acción, puesto que el art. 3 de Código Penal establece que no impedir un resultado que se tiene la obligación de impedir equivale a producirlo (ejemplo típico es la madre que deja de alimentar a su hijo y este muere de inanición). Con una conducta omisiva desarrolla la acción descripta en el tipo, dar muerte a una persona.

- Para imputar un resultado a una **omisión impropia** debe existir el deber de evitar el resultado dañoso por parte del sujeto de la omisión. Cuando el sujeto de la omisión tiene la obligación de evitar el resultado dañoso, se dice que tiene la posición de garante.
- Ahora bien, a mí se me ocurren múltiples omisiones que pueden cumplir los sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas, que tengan como resultado que se concrete el riesgo de una maniobra de lavado.

- Pero los sujetos obligados no tienen la posición de garante, puesto que ninguna norma existe que les asigne la función protectora del bien jurídico protegido por el delito y que por ende les imponga la obligación de evitar una maniobra de lavado.
- En consecuencia, el Estado les puede exigir que desarrollen conductas de monitoreo, control y reporte a los sujetos obligados, pero no les puede exigir que eviten que se cometa un delito de lavado de activos. En otras palabras, les puede exigir que empleen una serie de medios aptos para evitar una maniobra de lavado, pero no les puede exigir el resultado de evitarlo.

- Ahora bien, lo dicho con anterioridad no es nada más que la posición jurídica en la que los sujetos obligados se encuentran ante la norma penal que tipifica el delito de lavado de activos.
- Y ese punto de partida lo que hace es evitar que los sujetos obligados puedan ser responsabilizados penalmente por el mero hecho de que su empresa haya sido utilizada como vehículo para lavar activos.
- Eso no significa que cualquiera que sea la omisión del sujeto obligado, éste no va a cometer nunca el delito de lavado de activos.

- La respuesta es que nunca existirá una comisión por omisión, porque el sujeto obligado a reportar operaciones sospechosas no está obligado a impedir una maniobra de lavado.
- Pero, el sujeto obligado sí está obligado a desarrollar conductas de monitoreo, control y reporte.
- Y cuando se detecta una maniobra de lavado de activos y se utiliza como vehículo una empresa que está designada como obligada a reportar operaciones sospechosas, la justicia debe analizar la conducta de todos los partícipes.

- Y la piedra angular del problema y la situación en la cual ustedes sí se pueden ver comprometidos penalmente, es el dolo eventual o la ceguera voluntaria.

- Qué es esto?

Cuando de su comportamiento se desprende que han podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita de los activos involucrados en la maniobra y no detienen su accionar actuando para ocultar o encubrir o ayudar a la persona que haya participado en la ilícita actividad.

- Es decir, si del análisis de la conducta surge que la maniobra hubiera sido detectada mediante el cumplimiento de las obligaciones de debida diligencia y conocimiento del cliente y no lo hicieron, es posible concluir que su ceguera fue voluntaria puesto que conocía o sospechaba el origen del bien e igualmente actuó por lo que puede imputársele el delito a título de dolo eventual.

Aspectos a analizar por la justicia:

Vinculados a la empresa.

- Existencia de un oficial de cumplimiento.
- Capacitación del oficial de cumplimiento.
- Nivel gerencial del oficial de cumplimiento.
- Existencia de un manual de cumplimiento.
- Contenido del manual de cumplimiento.
- Capacitación de los funcionarios.
- Conocimiento por parte de éstos del manual de cumplimiento.

Vinculados al conocimiento del cliente

- Conocimiento del cliente y de su actividad (deberán demostrar que conocen al cliente y que conocen las transacciones que el cliente realiza).
- Conocimiento del nivel de actividad del cliente.
- Elaboración del perfil del cliente, que debe sustentar su nivel de actividad.
- Origen del patrimonio.
- Monitoreo de las transacciones.
- Origen de los fondos (la bancarización no asegura el origen).
- Documentación de las transacciones.