

# LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL COMPLIANCE OFFICER: ALGUNAS CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE EL NUEVO DELITO DE OMISIÓN CULPOSA DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS\*

Luis Miguel REYNA ALFARO\*\*

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La persona jurídica es un factor criminógeno de grandes dimensiones. Como ha reportado un estudio elaborado por el Instituto Max Planck de Alemania, referenciado por autoras como Mercedes GARCÍA ARÁN y Laura ZUÑIGA RODRÍGUEZ, el 80% de los delitos ocurridos en Alemania, tienen que ver con la actuación en favor de una persona jurídica<sup>1</sup>. Los recientes escándalos financieros (ENRON, SIEMENS, etc.) constituyen un dato confirmador del impacto de la actividad de las empresas en la criminalidad<sup>2</sup>.

Esa idea, la de la persona jurídica como factor criminógeno, ha propiciado que de cara a prevenir los riesgos derivados de la actividad em-

presarial se vengán articulando, en los diversos contextos en los que la empresa desarrolla sus actividades (financiero, inmobiliario, minero, etc.), sistemas de prevención de riesgos que tienen, en el sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, su versión más desarrollada.

Precisamente, dentro de dicho sistema de prevención, una de las posiciones más trascendentes es ocupada por el Oficial de Cumplimiento o, en términos ingleses, Compliance Officer. El objeto de mi intervención es examinar los contornos de responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el recientemente introducido delito de omisión culposa de comunicación de operaciones u transacciones financieras sospechosas, comprendidas en el

\* Texto de las intervenciones del autor en el I Foro Internacional de Compliance y Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, organizado por la Asociación de Instituciones de Microfinanzas del Perú y el Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa; en el X Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología en la ciudad de Iquitos el 09 de noviembre de 2013; en el Congreso Internacional de Derecho Penal Económico, organizado por la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca el 06 de diciembre de 2013; y en el Seminario sobre lavado de activos, organizado por la Escuela del Ministerio Público el 07 de marzo de 2014.

Abreviaturas: CP (Código Penal); DL 1006 (Decreto Legislativo N° 1106° de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado); LAFT (Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo); LPLA (Ley Penal contra el lavado de activos); OC (Oficial de Cumplimiento); PC (Programas de cumplimiento); RPCP (Revista Peruana de Ciencias Penales); SPLAFT (Sistema de Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo).

\*\* Abogado. Doctorando por la Universidad de Granada (España). Gerente de Operaciones del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Ex Becario de formación permanente de la Fundación Carolina, España.

<sup>1</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: Martínez Buján Pérez, Carlos (Director). I Congreso Hispano Italiano de Derecho Penal Económico, Servicio de Publicaciones de la Universidad de A Coruña, A Coruña, 1998, p. 45; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el CP español de 1995", en: RPCP, N° 7/8, Lima, 1999, p. 965.

<sup>2</sup> Sobre el impacto de la macro o extracriminalidad económica, véase: CERVINI, Raúl & ADRIASOLA, Gabriel. El Derecho Penal de la Empresa desde una visión garantista, BdeF, Buenos Aires, 2005, pp. 03 ss. Los impactos de la actividad empresarial

artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1106° de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

En el propósito antes planteado, se desarrollarán algunas reflexiones iniciales en torno a la posición del compliance officer dentro del sistema de imputación penal, para posteriormente examinar los contornos del tipo penal de omisión culposa de comunicación de operaciones u transacciones financieras sospechosas, para finalmente evaluar las dificultades que atraviesa el OC de las instituciones de microfinanzas que son las que, por sus características consustanciales, deben trabajar con clientes cuya información resulta menos accesible, es menos fiable o es más difícil de verificar, lo que incrementa el riesgo de que dichos capitales provengan de actividades delictivas.

## II. LA POSICIÓN DEL COMPLIANCE OFFICER EN EL SISTEMA DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITAL Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO. LA RELACIÓN ENTRE LA POSICIÓN DE GARANTÍA DEL SUJETO OBLIGADO Y LA DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO.

El oficial de cumplimiento es aquél funcionario del sujeto obligado<sup>3</sup> ante el SPLAFT que tiene por función específica vigilar el cumplimiento adecuado de las normas administrativas impuestas para la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo a

través del diseño, implementación y funcionamiento adecuado de un sistema dirigido a dicho objetivo y que, además constituye el nexo de comunicación idóneo entre el sujeto obligado y las autoridades competentes<sup>4</sup>.

Como se aprecia, los deberes del oficial de cumplimiento le otorgan la condición de garante de la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo respecto del sujeto obligado. Esta posición de garante no es directa, sino que deriva de la posición de garantía que ostenta el empresario o sujeto obligado en el SPLAFT.

Esta posición de garantía originaria del empresario no solo se asocia a su condición de fuente de generación de los riesgos asociados al LAFT, sino que se encuentra reconocida en una variedad de normas administrativas que desarrollan los contenidos del sistema de prevención del blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo. En ese sentido, el artículo 3° de la Res. SBS N° 838-2008 (Normas complementarias para la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo) reconoce no solo el deber de toda empresa del sistema financiero de implementar un SPLAFT, sino que establece que dicho deber recae sobre los órganos de dirección y gerencia de la empresa<sup>5</sup>. En virtud a dicha posición de garante el empresario tiene el deber de implementación de programas de cumplimiento normativo, conocidos con la denominación de compliance programs, destinados a reducir los riesgos de utilización de la empresa - en este caso, integrante del

<sup>3</sup> Nos referimos a las personas naturales o jurídicas que por mandato de la ley se encuentra obligados a proporcionar información a los órganos del SPLAFT.

<sup>4</sup> CERVINI, Raúl. "Oficial de cumplimiento, estructura de las matrices de riesgo. Criterios metodológicos de decisión y análisis", en: Caro Coria, Dino Carlos & Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coords.). Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Lima, 2013, p. 179.

<sup>5</sup> SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. "La responsabilidad penal de los órganos de gobierno de las entidades financiera en la comisión del tipo base de lavado de activos" (en adelante "La responsabilidad penal..."), en: Caro Coria, Dino Carlos & Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coords.). Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Lima, p. 169.

SPLAFT- en dinámicas de blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo.

Los deberes de garantía del OF resultan consecuencia de la delegación de competencias de control realizadas por el sujeto obligado, representado por su directorio y la gerencia, y sobre quien recae originariamente los deberes de control y vigilancia generados por la fuente de peligros que es la estructura empresarial<sup>6</sup>. Como advierte FEIJOO SÁNCHEZ, la posición de garante original del empresario “va generando en cascada o en cadena una delegación de deberes parciales”<sup>7</sup>.

Pese a tratarse de una posición de garantía delegada del Directorio, hay que ser enfáticos en reconocer la trascendencia del OC dentro de un SPLAFT, circunstancia vinculada a la pretensión de actuación independiente, de forma tal que los controles e investigaciones que desarrolle en torno a riesgos verificados por él sean desarrollados sin injerencia del Directorio o la Gerencia<sup>8</sup>. Esta independencia busca ser preservada estableciendo la obligación del empresario de otorgar al OC una posición superior dentro de la estructura paralela de cumplimiento normativo. Como consecuencia de esta ubicación en la estructura superior de la empresa, el OC tendrá necesariamente comunicación directa con el Directorio.

Los deberes derivados que asume el OC son, entre otros, los de evaluación de riesgos, implementación de PC destinados a enfrentar los riesgos diagnosticados, vigilancia respecto de la implementación de los PC, preparación a los trabajadores de la empresa con ese objetivo y comunicación al Directorio de la forma en

que desarrolla su actividad<sup>9</sup>.

### III. EL DELITO DE OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS

#### 1. MARCO LEGAL VIGENTE.

Una cuestión básica fundamental para reconocer los alcances de esta problemática está vinculada con la identificación de los cambios que ha sufrido la regulación penal del delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas a partir de los cambios suscitados mediante el DL 1106, publicado el 19 de abril de 2012 en el Diario Oficial “El Peruano” y que modificó la regulación propuesta por la LPLA (Ley N° 27765).

La LPLA regulaba el delito de omisión de comunicación de operaciones y transacciones sospechosas en el artículo 4° que tenía la siguiente redacción:

*“El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesiones, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación no mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal”.*

Como se aprecia, la regulación del delito antes descrito limitaba la trascendencia penal del hecho a aquellos casos en los que el OC

<sup>6</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva, Reus, Madrid, 2007, p. 184; DOPICO GÓMEZ ALLER, Jacobo. “Posición de garante del compliance officer por infracción del ‘deber de control’: Una aproximación tópica”, en: Arroyo Zapatero, Luis & Nieto Martín, Adán. El Derecho Penal Económico en la Era Compliance, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 170.

<sup>7</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. Cit., p. 185.

<sup>8</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. “El responsable de cumplimiento (‘compliance officer’) ante el Derecho Penal”, en: Silva Sánchez, Jesús María (Director), Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas, Atelier, Barcelona, 2013, p. 321.

<sup>9</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. Op. Cit., p. 321.

dolosamente omitía comunicar las transacciones sospechosas que hubiera detectado. Esto suponía, en la práctica, que la puerta de la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento difícilmente se abría, debido a las dificultades que tiene el sistema penal para acreditar la intencionalidad en la actuación del OC.

El DL N° 1106 ha cambiado el panorama significativamente. En efecto, el artículo 5° del mencionado DL regula el delito de omisión de comunicación de operaciones y transacciones sospechosas en los términos siguientes:

*“El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal.*

*La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal”.*

El recurso a la criminalización de la omisión

culposa supone una extensión de la cobertura del sistema penal a fases previas a la lesión del bien jurídico tutelado a través del delito lavado de activos y financiamiento del terrorismo y que tiene evidentes efectos en los sujetos obligados<sup>10</sup>. El fundamento político criminal de esta decisión tiene que ver con el afán de incentivar que los sujetos obligados sean las principales fuentes de noticias criminales de operaciones vinculadas al lavado de activos y el financiamiento del terrorismo corresponden a las empresas<sup>11</sup>.

El primer efecto de la criminalización de la omisión culposa es que incrementa los riesgos legales sobre los oficiales de cumplimiento que enfrentan la contingencia de sufrir una pena que, a pesar de ser aparentemente benigna, tiene un notorio significado expresivo y comunicativo (etiqueta al penado no solo como delincuente sino como un profesional poco cuidadoso).

El segundo efecto de la criminalización de la omisión culposa es que obliga, indirectamente, a que los sujetos obligados establezcan un estándar de cualificación mayor a las personas que asumen las funciones de oficiales de cumplimiento. Y les obliga porque dada la vinculación existente entre el sujeto obligado y el oficial de cumplimiento, la persecución penal contra este último genera un alto riesgo de que el sujeto obligado sea incorporado en el proceso penal respectivo como responsable solidario de las consecuencias jurídicas

<sup>10</sup> A favor de la criminalización culposa: CARO CORIA, Dino Carlos & ASMAT COELLO, Diana Marisela. “El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos”, en: Caro Coria, Dino Carlos & Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coords.). Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Lima, 2013, p. 109; en contra: PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “El delito de omisión de reporte de transacciones u operaciones sospechosas”, en: A.A.V.V. El Derecho Penal Económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales, Ara Editores, Lima, 2011, p. 261.

<sup>11</sup> En ese sentido, en relación al sistema financiero: SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. “El deber de compliance en la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo en el ámbito financiero peruano”, en: Caro Coria, Dino Carlos & Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coords.). Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Lima, 2013, p. 19.

de naturaleza civil que se le impongan (tercero civilmente responsable).

## 2. EL AUTOR EN EL DELITO DE OMI- SIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERA- CIONES O TRANSACCIONES SOSPE- CHOSAS

Conforme se desprende del sentido literal posible del artículo 5° del DL 1106, nos encontramos ante un delito de infracción del deber<sup>12</sup> en la medida que el propio tipo penal establece como condición para la comisión del delito el incumplimiento de obligaciones funcionales o profesionales.

Ahora, aunque la redacción del tipo penal pareciera proponer un alcance más extenso del círculo de posibles autores de este delito, como el que se reconoce en la propuesta de GÁLVEZ VILLEGAS<sup>13</sup>, un conocimiento más preciso de la legislación extrapenal permite sostener que el autor de dicho delito solo puede serlo el oficial de cumplimiento.

En efecto, la normatividad extrapenal establece un único curso o canal para la comunicación de una operación o transacción sospechosa a la Unidad de Inteligencia Financiera (en adelante UIF) y este es el oficial de cumplimiento. El artículo 17° de la Resolución SBS N° 838-2008 establece que el oficial de cumplimiento es el único que puede calificar una operación como sospechosa y comunicarla a la UIF<sup>14</sup>.

Por estas razones es también discutible también una posición como la adoptada implícitamente por GARCÍA CAVERO al considerar que el autor de este delito es el sujeto obligado lo que permitiría, como él mismo propone,

sancionar al órgano de representación autorizado o al socio representante autorizado de la persona jurídica en aplicación del artículo 27° del Código Penal<sup>15</sup>.

## 3. EL CONCEPTO DE OPERACIÓN SOS- PECHOSA EN EL LAVADO DE ACTIVOS

La omisión penalmente relevante en este delito está referida a las transacciones u operaciones sospechosas; estos términos, en la medida que constituyen elementos normativos, deben ser interpretados conforme a los contenidos de la legislación extrapenal que, por cierto, es bastante complejo.

### 3.1. DESARROLLO LEGISLATIVO ADMINI- STRATIVO DEL CONCEPTO DE OPE- RACIÓN SOSPECHOSA.

Conforme al artículo 11° de la Ley N° 27693 (Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera- Perú) se entiende por transacciones sospechosas: “Aquellas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presume proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente”.

Esta norma se complementa con lo establecido en el artículo 12° de la Resolución SBS N° 486-2008 (“Norma para la prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo de aplicación general a los sujetos obligados a informar bajo supervisión de la UIF Perú) que precisa que: “una operación detectada tiene las características de sospechosa, cuando habiendo identificado previamente una operación

<sup>12</sup> Sobre dicha categoría: ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 383 ss.

<sup>13</sup> GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *El delito de lavado de activos*, Grijley, Lima, 2004, pp. 89-90.

<sup>14</sup> CARO JOHN, José Antonio. “Sobre el deber de informar a la Unidad de Inteligencia Financiera de determinadas operaciones sospechosas”, en: *El mismo. Dogmática penal aplicada*, Ara Editores, Lima, 2011, p. 173.

<sup>15</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. *El delito de lavado de activos*, Jurista Editores, Lima, 2013, p. 148.

como inusual (fuera de lo habitual del cliente), luego del análisis y evaluación realizados por el Oficial de Cumplimiento, éste pueda presumir que los fondos o los bienes utilizados proceden de alguna actividad ilícita o que, por cualquier motivo no tengan un fundamento económico o lícito aparente”.

Por su parte, la Resolución SBS N° 838-2008 (“Normas complementarias para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo”) define como operaciones sospechosas a: “j) (...) aquellas operaciones inusuales realizadas o que se pretenda realizar de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que en base a la información recopilada, de conformidad con las normas sobre el “conocimiento del cliente”, se presuma proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente; y que podrían estar vinculadas al lavado de activos y/o al financiamiento del terrorismo” (literal l, conforme a la modificatoria operada conforme a la Resolución SBS N° 11695-2008).

Tal cual se aprecia del contenido de la normatividad extrapenal de referencia, el concepto de operación sospechosa está vinculado al concepto de operación inusual también desarrollado por la legislación que regula la operatividad del sistema de prevención contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo y es, en cierta forma, dependiente de aquél, por lo que procederemos, previamente, a reconocer el contenido de una operación inusual para luego proponer un concepto de operación sospechosa útil para los fines de interpretación del tipo penal.

### 3.2. EL CONCEPTO DE OPERACIÓN INUSUAL

Pues bien, en ese plano tenemos que el artículo

11° de la Ley N° 27693 identifica como transacción inusual “aquellas cuya cuantía, características y periodicidad no guardan relación con la actividad económica del cliente, salen de los parámetros de normalidad vigente en el mercado o no tienen un fundamento legal evidente”.

En la misma línea, tenemos la Resolución SBS N° 838-2008 (“Normas complementarias para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo”) que define las operaciones inusuales y sospechosas a: “aquellas operaciones realizadas o que se pretenda realizar cuya cuantía, características particulares y periodicidad no guardan relación con la actividad económica del cliente, salen de los parámetros de normalidad vigentes en el mercado o no tienen un fundamento legal evidente” (literal k, conforme a la modificatoria operada conforme a la Resolución SBS N° 11695-2008).

### 3.3. RELACIONES ENTRE LOS CONCEPTOS DE OPERACIÓN SOSPECHOSA Y OPERACIÓN INUSUAL.

Pues bien, los conceptos de operación sospechosa y operación inusual no son términos sinónimos, identifican distintas clases de operación financiera. Algunas operaciones inusuales (no todas) constituyen operaciones sospechosas; de ello se desprende la relación de género a especie que las vincula. La determinación del carácter sospechoso de una operación o transacción no se agota con la determinación de su carácter inusual<sup>16</sup>, aunque si constituye una de sus condiciones.

### 3.4. LA DISCRECIONALIDAD EN LA CALIFICACIÓN DE LA OPERACIÓN SOSPECHOSA

Pese a la existencia de una serie de criterios o pautas jurídico- administrativas que delimitan el alcance de las operaciones sospechosas que deben ser comunicadas por el compliance officer a la UIF, lo cierto es que la decisión final de

<sup>16</sup> En ese sentido: GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 150.

cuándo estamos frente a una operación sospechosa se encuentra sometida a la decisión discrecional del oficial del cumplimiento<sup>17</sup>.

En ese sentido, el artículo 17° de la Resolución SBS N° 838-2008 alude al buen criterio como factor decisional trascendente para la calificación de una operación o transacción como sospechosa:

*“Las empresas están obligadas a comunicar a la UIFPerú las operaciones detectadas en el curso de sus actividades, realizadas o que se hayan intentado realizar, que según su buen criterio sean consideradas como sospechosas, sin importar los montos involucrados, en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario de haberlas detectado. Se considera que una operación es detectada como sospechosa cuando, habiéndose identificado previamente una operación como inusual, luego del análisis y evaluación realizado por el Oficial de Cumplimiento, éste pueda presumir que los fondos utilizados proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente. En los casos en que la empresa haya constituido un Comité para la Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, éste tendrá como función asistir al Oficial de Cumplimiento en el análisis y evaluación necesarios para determinar si una operación inusual es sospechosa o no; sin embargo, el Oficial de Cumplimiento es el único que puede calificar la operación como sospechosa y proceder con su comunicación a la UIF-Perú, conforme a Ley. El Oficial de Cumplimiento deberá dejar constancia documental del análisis y evaluaciones realizadas por éste o con la colaboración del Comité, de ser el caso, para la calificación de una operación como sospechosa o no”.*

Ahora, es importante destacar que nuestra

afirmación de que la decisión del OC respecto al carácter sospechoso de una operación es discrecional no supone afirmar que aquella sea meramente subjetiva pues la propia norma antes citada determina que el carácter sospechoso de una operación dependerá del juicio que tenga el OC respecto de (i) su falta de habitualidad; y, (ii.i.) que se pueda presumir que los fondos o bienes proceden de alguna actividad delictiva; o (ii.ii) que no tenga un fundamento económico o lícito aparente. Nótese cómo en este aspecto resulta sumamente trascendente el concepto de conocimiento del cliente que desarrollaremos más adelante.

Precisamente por ello el antes referido artículo 17° establece la obligación del OC de “dejar constancia documental del análisis y evaluaciones realizadas por éste o con la colaboración del Comité, de ser el caso, para la calificación de una operación como sospechosa o no”.

Por esa razón la calificación de ciertas operaciones o transacciones como sospechosas debe incorporar ciertas pautas metodológicas que determinen que tal calificación sólo recaiga sobre las operaciones o transacciones sobre las que exista una sospecha especialmente calificada “avalada en un minucioso y responsable examen de los antecedentes y otros antecedentes y otros elementos denotativos objetivos implícitos en la operación”<sup>18</sup>.

### 3.5. EL CONOCIMIENTO DEL CLIENTE Y SU TRASCENDENCIA JURÍDICO PENAL

El conocimiento del cliente constituye una herramienta que le permite al Oficial del Cumplimiento reconocer qué operaciones financieras resultan sospechosas al no tener un fundamento económico o lícito aparente<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> CARO JOHN, José Antonio. Op. Cit., p. 173.

<sup>18</sup> Citando a GERARD, CERVINI, Raúl. “Lavado de activos e individualización de operaciones sospechosas”, en: Cervini, Raúl/ Adriasola, Gabriel/ Gomes, Luis Flavio. Lavado de activos y secreto profesional, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2002, p. 27.

<sup>19</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 51.

En ese sentido, será la información proveniente del cliente la que servirá de parámetro para evaluar “la conducta transaccional esperada”<sup>20</sup> del cliente de conformidad con la actividad económica que desarrolla.

La lógica de conocimiento del cliente resulta determinante para la evaluación del carácter sospechoso de una operación por parte del ofi-

cial de cumplimiento y por ello, el examen de la operación financiera debe ceñirse a las pautas planteadas por el artículo 8° de la Resolución SBS N° 838-2008 (“Normas complementarias para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo”) conforme a la modificatoria operada conforme a la Resolución SBS N° 11695-2008; y, de modo secundario, por el artículo 10° de la antes mencionada Resolución<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. “La responsabilidad penal...”, p. 19.

<sup>21</sup> **Artículo 8.- Del conocimiento del cliente**

“El conocimiento de los clientes requiere de su adecuada identificación, definir sus perfiles de actividad y determinar el propósito y la naturaleza de la relación comercial, para facilitar la detección y/o prevención de operaciones inusuales y sospechosas. Las empresas deben desarrollar políticas y procedimientos destinados a establecer la verdadera identidad de sus clientes, incluyendo la tramitación de formularios a ser completados por los mismos. Dicho conocimiento permitirá a las empresas, entre otros aspectos, identificar aquellos clientes que podrían ser más sensibles a realizar operaciones de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo, de ser el caso.

Para tal efecto, se debe solicitar a los clientes la presentación de documentos públicos o privados, conforme a la Ley y el Reglamento, con la finalidad de obtener la información indicada más adelante, verificar la información proporcionada incluso antes de iniciar la relación comercial y mantenerla actualizada, y cuando se sospeche la realización de actividades de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo, de ser el caso.

Asimismo, las empresas deberán requerir a los clientes una declaración jurada sobre el origen de los fondos, en aquellos casos que se considere necesario para los fines antes señalados.

Las empresas deberán determinar de manera fehaciente, como mínimo, en el caso de personas naturales:

- a) Nombre completo.
- b) Tipo y número del documento de identidad.
- c) Lugar y fecha de nacimiento.
- d) Nacionalidad y residencia.
- e) Domicilio, número de teléfono y correo electrónico, de ser el caso.
- f) Ocupación, oficio o profesión.
- g) Nombre del centro de labores, cargo que ocupa y tiempo de servicios, de ser el caso.
- h) Cargo o función pública desempeñada en los últimos dos (2) años, así como nombre de la institución, de ser el caso.
- i) Finalidad de la relación a establecerse con la empresa.
- j) En el caso de los PEP, nombre de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y segundo de afinidad y del cónyuge o concubino.

De igual forma, las empresas deberán procurar contar con información respecto de los ingresos promedio mensuales de los clientes y las características de las operaciones usuales que realizan a través de las empresas, considerando información sobre tipo de operaciones, montos, monedas, cuentas involucradas, lugares de realización, periodicidad y otra información que consideren relevante, lo cual constará en el legajo personal de cada cliente.

Tratándose de personas jurídicas, las empresas, como mínimo, determinarán de manera fehaciente:

- a) Denominación o razón social.
- b) Registro Único de Contribuyentes
- c) Objeto social y actividad económica principal (comercial, industrial, construcción, transporte, etc.)
- d) Identificación de los Administradores considerando la información requerida para las personas naturales, en lo que resulte aplicable.
- e) Identificación de los socios o asociados que tengan directa o indirectamente más del 5% del capital

social, aporte o participación de la persona jurídica, considerando la información requerida para las personas naturales, en lo que resulte aplicable.

- f) Personas jurídicas vinculadas al cliente, en caso corresponda.
- g) Ubicación y teléfonos de la oficina o local principal, agencias, sucursales u otros locales donde desarrollan las actividades propias al giro de su negocio.
- h) Representantes, considerando la información requerida en el caso de personas naturales; así como el otorgamiento de los poderes correspondientes.
- i) Finalidad de la relación a establecerse con la empresa.

Adicionalmente, las empresas procurarán obtener información sobre las características de las operaciones usuales realizadas por la empresa, considerando, por lo menos, tipo de operaciones, montos, monedas, cuentas involucradas, lugares de realización, periodicidad y otra información que consideren relevante, lo cual constará en el legajo personal de cada cliente.

Los procedimientos para la identificación de clientes aplicados por una empresa con respecto a un mismo cliente o un conjunto de clientes vinculados, no exime de responsabilidad a las demás empresas que pertenezcan al mismo grupo económico o conglomerado de aplicar dichos procedimientos cuando establezcan relaciones de negocios con los referidos clientes.

Asimismo, las empresas sobre la base de la información obtenida a través de sus políticas y procedimientos para el adecuado conocimiento de sus clientes deberán, bajo su buen criterio, identificar a aquellos clientes que consideran podrían ser sensibles a operaciones de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo, en adelante denominados “clientes sensibles” y, como consecuencia de ello, reforzar en estos casos su procedimiento de conocimiento de cliente.

Las empresas también deberán reforzar el procedimiento de conocimiento del cliente, en los siguientes casos:

- a) Clientes no residentes y cuentas de personas extranjeras.
- b) Fideicomisos.
- c) Sociedades no domiciliadas.
- d) Personas expuestas políticamente (PEP) o que administren recursos públicos. Las empresas también deberán reforzar sus procedimientos de conocimiento del cliente cuando uno de sus clientes se convierta en un PEP o en un funcionario que administre recursos públicos, según sea el caso, luego de haber iniciado relaciones comerciales con la empresa.
- e) Servicios de corresponsalía o agenciamiento con empresas extranjeras.
- f) Clientes que reciben transferencias desde países considerados como no cooperantes por el GAFI, con riesgo relacionado al lavado de activos y/o al financiamiento del terrorismo, con escasa supervisión bancaria o países sujetos a sanciones OFAC, entre otros supuestos; y/o.
- g) Aquellos otros que según su buen criterio identifiquen las empresas.

Los “clientes sensibles” y los señalados en los incisos a) al g) del párrafo anterior, deberán estar incorporados en un registro especial, lo cual deberá constar asimismo en el legajo de los citados clientes.

Las empresas para reforzar sus procedimientos de conocimiento del cliente deberán como mínimo realizar las siguientes medidas adicionales, en lo que resulte aplicable:

- a) Identificar el origen de los fondos.
- b) Obtener información sobre los principales proveedores y clientes, de ser el caso.
- c) Realizar por lo menos una (1) vez al año una revisión al cliente, cuando se encuentre domiciliado en el Perú.
- d) La decisión de aceptación del cliente estará a cargo del nivel gerencial más alto de la empresa.
- e) Realizar indagaciones u obtener información adicional del cliente.

#### **Artículo 10.- Conocimiento del mercado**

“El conocimiento del mercado es un complemento del conocimiento del cliente, que permite a las empresas estimar los rangos dentro de los cuales se ubicarían las operaciones usuales que realizan sus clientes, según las características del mercado. De tal forma, que las empresas estén en capacidad de detectar operaciones inusuales que salen de los perfiles de actividad de los clientes o de los segmentos del mercado al que corresponden, comparando las operaciones realizadas por clientes con perfiles de actividad similares”.

Estas normas, por cierto, desarrollan los contenidos del artículo 14° de la Ley N° 27693<sup>22</sup>.

Como se aprecia del contenido de la legislación extrapenal, la política de conocimiento del cliente no solo exige obtener información sobre la identidad del cliente, sino que la misma deberá ser verificada, imponiéndose así al OC un deber de verificación. Esa exigencia de diligencia debida es planteada por el artículo 9° de la Resolución SBS N° 838-2008 que impone el deber de realizar visitas al domicilio u oficina del cliente, realizar entrevistas personales con el cliente o realizar otros procedimientos alternativos con la finalidad de conocer la identidad del cliente<sup>23</sup>.

Para el conocimiento del cliente, el OC deberá recurrir a las listas OFAC a fin de reconocer si el cliente o las personas vinculados a ellos se encuentra comprendidas en las mencionadas listas (Listas negras elaboradas por el Departamento del Tesoro de los EEUU que incluyen a las personas, naturales y jurídicas, y países vinculados al terrorismo o al narcotráfico<sup>24</sup>).

También resultará necesario que el OC establezca si el cliente es una persona expuesta

políticamente (PEP) conforme a las pautas establecidas para tal efecto por el literal m del artículo 2° de la Resolución SBS N° 838-2008 y si es, en tal virtud, un cliente sensible<sup>25</sup>.

Ahora, el reconocimiento del carácter sospechoso de una operación o transacción exige además conocer adecuadamente el sector de la actividad desarrollada por el cliente<sup>26</sup>, de cara a reconocer el perfil financiero del cliente<sup>27</sup>.

### 3.6. EL CONOCIMIENTO DEL CLIENTE EN EL CONTEXTO DE LAS MICROFINANZAS

Ese conocimiento del cliente resulta mucho más complejo en las instituciones de microfinanzas que en el resto de instituciones que operen en el sistema financiero. Esto porque el cliente no necesariamente tendrá antecedentes en el sistema financiero que permitan reconocer con nitidez los riesgos de exposición al lavado de activos y financiamiento del terrorismo e identificar las operaciones y transacciones sospechosas que deben ser informadas a la UIF- Perú.

<sup>22</sup> “Las personas obligadas a informar a la UIF deben:

1. Implementar mecanismos de prevención para la detección de transacciones inusuales y sospechosas que permitan alcanzar un conocimiento suficiente y actualizado de sus clientes, de la banca corresponsal y de su personal.
2. Los procedimientos del programa de prevención deben estar plasmados en un manual de prevención de lavado de dinero.
3. Los mecanismos deberán basarse en un conocimiento adecuado del mercado financiero, bursátil y comercial, con la finalidad de determinar las características usuales de las transacciones que se efectúan respecto de determinados productos y servicios, y así poder compararlas con las transacciones que se realizan por su intermedio”.

<sup>23</sup> SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. “La responsabilidad penal...”, p. 20; UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos. “Prevención de lavado de activos: Tendencias en la regulación peruana según la Resolución SBS N° 6561-2009”, en: A.A.V.V. El Derecho Penal Económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales, Ara Editores, Lima, 2011, p. 235.

<sup>24</sup> Véase al respecto: SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. “La responsabilidad penal...”, pp. 20-21.

<sup>25</sup> UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José Carlos. Op. Cit., p. 233.

<sup>26</sup> CERVINI, Raúl. “Oficial de cumplimiento, estructura de las matrices de riesgo. Criterios metodológicos de decisión y análisis”, en: Caro Coria, Dino Carlos & Reyna Alfaro, Luis Miguel (Coords.). Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Lima, 2013 p. 185.

<sup>27</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. Cit., p. 253.

### A. La formalidad, la informalidad y las economías delictivas

Para comprender el incremento de los riesgos legales que asume el OC en las instituciones de microfinanzas resulta necesario reconocer, al menos de modo primario, el contexto sociológico en que se desenvuelven las instituciones de microfinanzas.

En esa línea, el interesante trabajo de Francisco DURAND<sup>28</sup> da cuenta de la existencia de tres tipos de economía: La economía formal, la economía informal y la economía delictiva.

La economía de estructura formal es aquella que “componen empresas y trabajadores que operan dentro de la legalidad”, lo que permite que los agentes incorporados a esta estructura pueden ser supervisados<sup>29</sup>. En suma, en este tipo de economías el cumplimiento de la ley resulta fácilmente verificable.

Por su parte, la economía de estructura informal, a decir de DURAND “está constituida por empresas y trabajadores que operan en una zona institucional claroscuro. No es que sean ilegales sino que muchas de sus operaciones no son legales. Su nivel de trasgresión es limitado. Además, la mayoría aspira a la formalidad sin barreras”<sup>30</sup>. Es decir, se trata de un tipo de economía en el que aunque parte de sus integrantes (no todos) se encuentran inmersos dentro de la estructura formal, suelen desarrollar actividades fuera de los marcos normativos, de las regulaciones estatales y de su institucionalidad<sup>31</sup>.

Finalmente, la economía de estructura delictiva es aquella que tiene como fuente predominante la ganancia derivada de actividades delictivas y cuya introducción

en el tracto económico lícito constituye blanqueo de capitales.

Ahora, si estas estructuras tuvieran un funcionamiento lineal, no existiría ninguna duda en reconocer que el enfoque del sistema de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo tendría que estar dirigido exclusivamente a las economías delictivas; sin embargo, la realidad demuestra que estas tres formas de economía se desarrollan de forma conjunta, se conectan e interrelacionan continuamente, sobre todo por el carácter expansivo de las economías delictivas que no solo se camuflan con las economías formales, contaminándolas, sino porque aprovecha los mecanismos de distribución de las economías informales.

Como es fácil de deducir, pese a las complejidades consustanciales a las ingenierías financieras vinculadas al proceso de reciclaje en el contexto de las empresas incorporadas a la economía formal, la prevención, mediante la supervisión y el compliance, resulta en estos escenarios menos conflictiva que en las estructuras de economía informal en las cuales las ganancias delictivas pueden ser fácilmente camufladas.

Esta mayor complejidad de la labor de cumplimiento en las estructuras económicas informales tiene que ver con su predominio cuantitativo que, aunque se encuentra subregistrado, puede reconocerse a través de tres ejemplos relevantes en nuestro país.

El primer ejemplo está asociado a la reproducción ilegal de obras protegidas contenidas en discos compactos (software, música, videos, etc.). Según DURAND el 90% de los discos compactos importados son utilizados para la

<sup>28</sup> DURAND, Francisco. *El Perú fracturado. Formalidad, informalidad y economía delictiva*, Fondo Editorial del Congreso de la República, Lima, 2007, pp. 61 ss.

<sup>29</sup> DURAND, Francisco. *Op. Cit.*, p. 72.

<sup>30</sup> DURAND, Francisco. *Op. Cit.*, p. 79.

<sup>31</sup> Destacando que el concepto de informalidad está asociado al cumplimiento de la ley: ARBAIZA FERMINI, Lydia. *Economía informal y capital humano en el Perú*, Esan Ediciones, Lima, 2011, p. 29.

piratería<sup>32</sup>, es decir, están destinados a un mercado ilícito, en tanto que un porcentaje muy residual de la importación está dirigido al mercado legal.

Un segundo ejemplo está vinculado a la producción formal de hoja de coca, es decir, aquella orientada a fines tradicionales, que constituye el mercado legal del producto, en contraposición del mercado ilícito en que dicho producto es usado como insumo para la fabricación de drogas tóxicas. Según información de la FONAFE (Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado) de entre 65,000 a 100,000 productores de hoja de coca, sólo 8,453 son productores formales<sup>33</sup>.

La informalidad como una cuestión significativa y trascendente en nuestra economía puede apreciarse con notoriedad en el conocido trabajo *El Misterio del Capital* de Hernando DE SOTO<sup>34</sup>; en donde se sostiene que de cada 100 viviendas en el Perú solo 36 cuentan con títulos formales o legales. La informalidad es una variable sumamente trascendente en nuestro país y no puede soslayarse en la evaluación de los riesgos penales de LAFT.

## B. La prevención del LAFT en las instituciones de microfinanzas

En el contexto antes descrito, el OC que desarrolla funciones en el contexto de instituciones de microfinanzas tiene la labor especialmente compleja de reconocer operaciones y transacciones sospechosas en un ámbito de pequeños y microempresarios que buscan integrarse a la estructura financiera formal y respecto de los cuales se corre el riesgo de que un control excesivo pueda desincentivarlos y afectar además la estabilidad del sistema microfinanciero que está en pleno crecimiento<sup>35</sup>.

En ese sentido, Hernando DE SOTO ha señalado con claridad que el sector de la extralegalidad y la informalidad “es una zona de penumbra que comparte la larga frontera con el mundo legal, un lugar donde los individuos se refugian cuando el costo de obedecer la ley excede el beneficio de hacerlo”<sup>36</sup>. En este complejo orden de cosas, las posibilidades respecto al “conocimiento del cliente” por parte de los oficiales de cumplimiento resultan especialmente complicadas.

Ahora, las dificultades de “conocimiento del cliente” que se encuentra inmerso dentro de

<sup>32</sup> DURAND, Francisco. Op. Cit., p. 103.

<sup>33</sup> DURAND, Francisco. Op. Cit., pp. 96-97.

<sup>34</sup> DE SOTO, Hernando. *El misterio del capital*, Península, Barcelona, 2001, p. 106.

<sup>35</sup> Al mes de Mayo 2013, el saldo de colocaciones del Sistema Microfinanciero llegó a S/. 26,830 millones de nuevos soles lo que significó un crecimiento del 10.38% respecto al 2012. Los créditos destinados a la Pequeña y Microempresa crecieron 14.45% respecto a Mayo 2012, además que el crédito promedio microempresa fue de S/. 4,594 (Fuente: Portal ASOMIF). En esa misma línea, ha señalado Arbaiza Fermi que “las microempresas son un terreno fértil para el desarrollo de la informalidad” (ARBAIZA FERMINI, Lydia. Op. Cit., p 49). También, Quispe/ León/ Contreras hablan de un crecimiento de S/ 1,5 mil millones de soles en 2002 a S/ 20,2 mil millones de soles en 2009 (QUISPE, Zenón/ LEÓN, David/ CONTRERAS, Alex. “El exitoso desarrollo de las microfinanzas en el Perú”, en: Moneda, N° 151, Banco Central de Reserva del Perú, Lima, 2012, p. 14).

<sup>36</sup> DE SOTO, Hernando. Op. Cit., p. 109.

las estructuras económicas informales se reproducen también en relación al acceso a la información financiera dentro del proceso penal, en donde la herramienta fundamental (el levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil) carece de utilidad cuando el procesado no tiene información que revelar.

#### 4. LÓGICAS DE APLICACIÓN RACIONAL DEL DELITO DE OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS.

Ya desde hace algunas décadas atrás resaltaba GIMBERNAT que la dogmática jurídico penal “Hace posible (...) al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación”<sup>37</sup>; de esa forma, el futuro de la dogmática jurídico penal estaba asociado a la necesidad de recurrir a mecanismos de racionalidad en la interpretación de las leyes penales, caracterizadas por su polisemia y, en algunos casos, por su ambigüedad.

Veremos a continuación cómo la introducción de ciertos criterios interpretativos permite que ciertas cuestiones planteadas por la doctrina que ha desarrollado este delito, sean solucionadas de modo más coherente con los parámetros propios de un Derecho penal liberal.

##### 4.1. EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD Y LA NECESIDAD DE INTRODUCIR CRITERIOS DE APLICACIÓN RESTRICTIVA.

La primera de estas lógicas se corresponde con el carácter fragmentario y residual del Derecho Penal en virtud del cual la imposición de una pena debe encontrarse reservada a los ataques más graves sobre los intereses sociales

más importantes. El Derecho Penal es ultima ratio (último recurso). Esta idea –Derecho Penal como último recurso– es especialmente trascendente en el contenido del delito de omisión culposa de reportar operaciones y transacciones sospechosas que debe ser aplicado de forma muy restrictiva.

La propuesta de una interpretación conforme al principio de intervención mínima ha sido subrayado por la “Circular referida a la reserva y confidencialidad de la identidad del Oficial de Cumplimiento en el proceso penal y su responsabilidad penal por omisión de comunicación de operaciones sospechosas” aprobada por la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Resolución Administrativa N° 467-2012-P-PJ, y que tiene como objetivo “evitar el congestionamiento del sistema de justicia penal con el juzgamiento de hecho intrascendentes desde la perspectiva punitiva”.

Precisamente el principio de ofensividad permite introducir como criterio restrictivo la potencialidad lesiva de la omisión, de modo tal que solo tengan relevancia penal aquellos casos en los que la omisión de comunicar operaciones sospechosas haya permitido o facilitado la instrumentalización del sistema financiero como medio para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo<sup>38</sup>. Solo en estos casos podría sostenerse la existencia de un hecho mercedor y necesitado de pena.

Una propuesta interpretativa de este tipo resulta mucho más convincente que aquella planteada por GARCÍA CAVERO de considerar que la exigencia de vinculación entre la omisión de comunicación de la operación sospechosa y la realización de actos concretos de lavado de activos o financiamiento del te-

<sup>37</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?, Ara, Lima, 2009, pp. 40-41.

<sup>38</sup> De distinta opinión PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. Cit., p. 266; GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 149, quien considera que el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas es un delito de mera desobediencia y que la exigencia de lesividad sólo es defendible como propuesta de lege ferenda.

rorismo (que hubiesen sido detectados de haber sido informada la operación sospechosa a la UIF) como una condición objetiva de punibilidad<sup>39</sup>.

#### 4.2. EL RIESGO PERMITIDO EN EL ÁMBITO DE LA ACTIVIDAD DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

La segunda lógica a tomar en consideración guarda relación con el reconocimiento de que el Derecho Penal reconoce ciertos espacios de riesgo permitido, esto es, espacios de actuación que, pese a que pueden ser generadores de efectos nocivos, son tolerados.

Este planteamiento, aplicado al delito de omisión de reporte de operaciones y transacciones sospechosas, supone reconocer que no toda omisión formal de comunicación de operaciones o transacciones integradas al proceso de lavado de activos, es relevante penalmente, sino tan solo aquellas que han superado los marcos de actuación estándar impuesta sobre

el OC. Dentro de estos espacios de riesgo permitido se incluyen los supuestos de actuación guiada por el principio de confianza<sup>40</sup>, esto es, supuestos en los que la realización de la conducta responde a la confianza que se tiene hacia la persona con la cual se interactúa.

Esta regla, en el ámbito del delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, es aplicable para aquellos casos en que la evaluación realizada por el OC sobre el carácter inusual de la operación o transacción responde a defectos en la información que le es proporcionada y que le impiden conocer adecuadamente al cliente. Esta situación se aprecia con claridad examinando la situación de las denominadas instituciones de microfinanzas.

En efecto, dado que gran cantidad de información requerida para el conocimiento del cliente proviene del propio cliente (declaraciones juradas sobre el origen de los fondos, documentos públicos o privados requeridos al

<sup>39</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit., p. 153. En evidente que GARCÍA CAVERO asume una posición en torno a las condiciones objetivas de punibilidad en la que aquellas se encuentran vinculadas al tipo penal; sin embargo, pese a la existencia de un sector significativo de la doctrina penal que sigue dicho razonamiento, es de advertir una objeción respecto a su aplicación en el caso concreto del delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas: En el tipo penal de omisión de comunicación de operaciones sospechosas no existe ninguna referencia específica a la vinculación de la omisión con efectivos comportamientos de blanqueo de capitales.

En efecto, las condiciones objetivas de punibilidad son extraíbles directamente del tenor del texto legal (en esa línea, los ejemplos propuestos entre otros por ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, tomo I, traducción de Diego Manuel Luzón Peña/ Miguel Díaz y García Conlledo/ Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 970, respecto del delito de embriaguez absoluta del § 323 StGB; MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, séptima edición, BdeF, Buenos Aires, 2005, pp. 176-177, respecto del artículo N° 606.2° del CP español) y, en este caso, es precisamente la falta de referencia al texto legal la que impide considerar que el resultado constituya una condición objetiva de punibilidad. Es importante reconocer, sin embargo, que la discrepancia con GARCÍA CAVERO no radica en el qué sino en el cómo de la solución pues son finalmente consideraciones comunes –la de ausencia de merecimiento y necesidad de pena– las que fundamentan ambas respuestas (sobre el fundamento de las condiciones objetivas de punibilidad: MAPELLI CAFFARENA, Borja. Estudio jurídico dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 29 ss.).

<sup>40</sup> Sobre sus contenidos, véase, esencialmente: ROXIN, Claus. La imputación objetiva en Derecho Penal, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1997, pp. 171 ss.; STRATENWERTH, Günther. Derecho Penal. Parte General I, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 522; CANCIO MELIÁ, Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 103 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Resultado lesivo e imprudencia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 343 ss.

cliente, etc.), surge la posibilidad de que este proporcione información o documentación sustentatoria fraudulenta que lleve al OC a tener una percepción errónea respecto de la normalidad de la relación entre la operación financiera y la actividad económica del cliente.

El control y la reducción a mínimos del riesgo de que el OC incurra en evaluaciones erróneas respecto del carácter sospechoso de una operación y/o transacción financiera -como consecuencia de la utilización de información y/o documentación fraudulenta- sólo podría alcanzarse si se impusiera al OC un deber cualificado de verificación de la información y contrastación de la información alcanzada por el cliente que podría tener efectos negativos no solo en la funcionalidad de la actividad desarrollada por el OC, sino en la propia estabilidad de la institución de microfinanzas debido al riesgo de generar desincentivos para que el sector de la economía informal ingrese a la formalidad.

## 5. CONCLUSIÓN

Este pequeño trabajo, además de proponer

ciertas pautas de interpretación del artículo 5° del DL 1106, permite reconocer lo que BACIGALUPO ha denominado una “nueva orientación de la práctica del Derecho Penal”<sup>41</sup> aplicado a la actividad empresarial y de los negocios y que se encuentra caracterizada por la introducción, en las valoraciones de índole jurídico penal, de elementos –procedentes del derecho administrativo e incluso de la sociología y la economía- que aunque poco convencionales desde la perspectiva dogmática, son imprescindibles para una respuesta penal más racional.

En efecto, la delimitación de los contornos de responsabilidad penal del OC por la omisión de comunicación de operaciones financieras sospechosas debe realizarse tomando en consideración no solo la extensa normatividad administrativa que sirve para llenar de contenido al concepto de operación sospechosa, así como las nociones asociadas al mismo (operación inusual), sino también ciertas variables de corte sociológico y económico que resultan determinantes para establecer el conocimiento del cliente.

<sup>41</sup> BACIGALUPO, Enrique. Compliance y Derecho Penal, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 31.

