

Importancia del Cumplimiento de la Obligación del Reporte de Operación Sospechosa (ROS) de Blanqueo de Capitales: Algunas Consideraciones Generales

Importance of Compliance with the Obligation of the Report of Suspicious Operation (ROS) of Money Laundering: Some General Considerations

Heynar Francisco Martínez Morales*

Recibido: 14-10-2022

Aceptado: 29-11-2022

Resumen

En la lucha contra el Blanqueo de Capitales o Lavado de Activos, la efectividad de la tarea específica y obligación legal denominada Reporte de Operación Sospechosa, sin duda ha constituido uno de los principales escudos de protección para los denominados sujetos o entidades obligadas a la prevención de este transnacional riesgo de gran impacto para las economías. Este Reporte se erige como una de las fuentes de información más relevantes para la labor analítica de las estatales Unidades

de Inteligencia Financiera que funcionan en los países que siguen las Recomendaciones Técnicas del Grupo de Acción Financiera Internacional, es el punto de partida indiciario para subsecuentes procesos de investigación, de juzgamiento y de aplicación de medidas penales; y al mismo tiempo es aliciente primordial para la toma de decisiones en políticas administrativas, penales y criminológicas para el enfrentamiento y mitigación de este fenómeno en su doble perfil: riesgo y delito. Luego entonces, y es el enfoque disuasivo de este breve artículo, necesario es conocer las pautas para un efectivo Reporte y entender, para mitigar su impacto, las causas más comunes de incumplimientos como consecuencia de infracciones tanto de las políticas internas de la empresa que las desarrolla, como del marco jurídico específico que lo regula; y en este contexto, destacar las responsabilidad básica que juega, como principal ejecutivo garante de esta función, el cargo del Oficial de Cumplimiento. La presentación de este Reporte con calidad, oportunidad y precisión,

Cómo citar

Martínez Morales, H. F. La importancia del cumplimiento de la obligación del Reporte de Operación Sospechosa (ROS) de blanqueo de capitales: algunas consideraciones generales: The importance of compliance with the obligation of the Suspicious Operation Report (ROS) of money laundering: some general considerations. *Constructos Criminológicos*, 3(4). Recuperado a partir de <https://constructoscriminologicos.uanl.mx/index.php/cc/article/view/42>

*<https://orcid.org/0000-0001-6809-8743>
Universidad de Granada

incide directamente en la mitigación efectiva del riesgo de la criminalidad financiera, en procura de la sanidad de las inversiones. En este abordaje se destacan disposiciones puntuales de legislaciones de España, Nicaragua y Panamá, a efectos de referencias comparativas y a manera de preámbulo para posteriores estudios.

Palabras clave: *Blanqueo de Capitales, Reporte de Operación Sospechosa, Omisión de Cumplimiento, Posición de Garante.*

Abstract

In the fight against Money Laundering, the effectiveness of the specific task and legal obligation called Suspicious Operation Report has undoubtedly constituted one of the main protection shields for the so-called subjects or entities obligated to the prevention of this global risk. This report is one of the most relevant sources of information for the analytical work of the Financial Intelligence Units, which work in the countries that follow the Technical Recommendations of the International Financial Action Group. This report is the starting point for subsequent processes of investigation, trial, and penal measure applications; at the same time, it is a primary incentive for decision-making in administrative, penal, and criminological policies to confront this phenomenon in its double profile: risk and crime. Therefore, the dissuasive focus of this article becomes necessary to understand the guidelines for an effective report as well as the most common causes of non-compliance as a consequence of violations of both internal company policies that develops it and the specific legal framework that regulates it; in this context, it is worth noting the basic role of the

principal executive guarantor of this function, the Compliance Officer. The presentation of this report with quality and precision affects directly the mitigation of the financial crime risk, in pursuit of the health of investments. In this approach, specific provisions of the laws of Spain, Nicaragua, and Panama are highlighted for comparative references and as a preamble for further studies.

Keywords: *Money Laundering, Suspicious Operation Report, Omission of Compliance, Guarantor Position.*

I. INTRODUCCIÓN

Punto medular y común de colaboración y de los mayores aportes que hace el empresariado mundial obligado por sus respectivas legislaciones a prevenir la criminalidad financiera en los distintos Sistemas contra el Blanqueo de Capitales -BC-, llamados sujetos obligados -financieros y no financieros-, lo constituye el brindar información relevante y sensible a las autoridades de ejecución de la ley, a partir de requerimientos oficiales o por decisión propia producto de la aplicación de la debida diligencia de conocimiento y del monitoreo transaccional a sus contrapartes -clientes, empleados, socios, proveedores y aliados de negocios- y que se concreta en los Reportes de Operaciones Sospechosas. El ROS es pieza necesaria en la compleja tarea de la construcción, trazabilidad y acciones de seguimiento de casos concretos de Blanqueo. El crimen organizado y su gran capacidad imaginativa, emplea mecanismos cada vez más sofisticados con recursos de todo tipo -humanos,

financieros tecnológicos, y organizacionales-, con el objetivo de introducir e invertir activos ilícitos en el torrente económico legal, dándole apariencia de legalidad y ocultando su origen. Precisamente es el atractivo mafioso: hacer circular el dinero sucio para generar mayores ganancias.

En este breve aporte, se sintetiza la importancia y el alcance legal del ROS como punto de encuentro, de convergencia y de inflexión entre la sospecha que tiene y presenta la entidad reportante y los resultados de la labor de análisis que desarrolla la Unidad de Inteligencia Financiera -UIF-, su carácter obligatorio en el régimen jurídico, su estructuración, su presentación pertinente, las convenciones y estándares en los que se inspira, la omisión de su cumplimiento que facilita el BC, y la posición de garante de quienes tienen responsabilidades para evitarlo y/o mitigarlo, en especial el rol del Oficial de Cumplimiento.

II. EL ROS: PUNTO VITAL DE COLABORACIÓN

2.1. Estándares GAFI y Convenciones ONU: fundamentación internacional del ROS:

Con el surgimiento del Grupo de Acción Financiera Internacional -GAFI- y sus Recomendaciones Técnicas¹, se tiene como uno de los estándares mundiales de mayor relevancia en la lucha contra el BC, la obligación legal de detección temprana y escalamiento de alertas,

1 El GAFI es un ente intergubernamental establecido en 1989, y tiene por mandato fijar estándares mundiales y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas para combatir el BC/FT/FP.

inusualidades y sospechas, y consecuentemente la presentación oportuna y efectiva de Reportes Operaciones Sospechosas -ROS- de parte de empresas y profesionales obligados, tanto las de carácter financiero como las no financiero, que son los denominados sujetos obligados a la prevención del riesgo de Blanqueo de Capitales, Financiamiento al Terrorismo y Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva -BC/FT/FP-. El ROS constituye información sensible y extremadamente confidencial, que se debe enviar a la autoridad con facultad para recibirlos y analizarlos: Unidades de Inteligencia Financiera que funcionan en cada país.

El BC constituye una de las expresiones más significativas y atractivas de la criminalidad financiera, el cual consiste en la actividad delictiva organizada que pretende dar apariencia de legalidad a ingentes ganancias obtenidas de forma ilícita -delitos precedentes-, y que, más allá de su mero disfrute, se oculta la procedencia de las mismas a través de distintos y complejos entramados transaccionales, financieros, comerciales, industriales y jurídicos propios de los mercados globales, con el objetivo final de introducirlos a la economía lícita, de que circulen como inversiones y de que retornen a sus beneficiarios finales con mayores réditos y fuerza expansiva.

Aunque paradójico, en ese afán por introducir activos sucios a las finanzas sanas, es que precisamente se encuentra la debilidad de crimen organizado, pues en su actuar podrán ocultar sus rostros -testaferros y estructuras societarias de fachada, por ejemplo-, pero nunca podrán disimular sus patrones de conducta,

que son las alertas e inusualidades que están allí, a veces obvias, y que pueden y deben ser detectadas y analizadas tempranamente para determinar sospechas y activar los ROS.

Este delito transnacional, amenaza y distorsiona la economía, y obstaculiza el actuar de las autoridades con competencias para adoptar y aplicar mecanismos transversales de regulación, de supervisión, de inteligencia financiera, de inmovilización, de decomiso de bienes, de investigación, de juzgamiento y de sanciones. Al respecto, Blanco (2009) indica:

El delincuente persigue fines cuando comete un delito, pero también corre algunos riesgos, como el de ser detenido. El delincuente, por lo tanto, se encuentra ante una elección, y ha de optar. (...) las personas actúan en función de las expectativas de beneficio que puedan obtener. En esa relación entre recompensas y riesgos, el sujeto optará por cometer un delito cuando los beneficios calculados sean mayores que los riesgos generados. En esta línea, las normas sobre prevención del blanqueo de capitales persiguen incrementar los riesgos de resultar descubierto, intimidando y disuadiendo a los delincuentes de cometer delitos. Y en este contexto, y para evitar que el delito pueda verse como una fuente de ganancias, cobra especial relevancia también toda la legislación relativa al comiso. (p. 119)

Y es aquí, en ese accionar, que el ROS se perfila como columna vertebral de colaboración dentro de un efectivo Sistema Anti BC en todos los países que siguen las 40 Recomendaciones del GAFI -40-R-GAFI-. El ROS, como expresión

de colaboración necesaria, obligatoria y directa de los sujetos obligados para con la respectiva UIF, encuentra su principal fundamento en los estándares del GAFI, particularmente la triada conformada por las Recomendaciones 10, 20 y 29.

La Recomendación 10, la más extensa, indica la existencia de la obligación legal de desarrollar de manera diferenciada la Debida Diligencia de Conocimiento -DDC- de Clientes y demás Contrapartes, como labor interna del sujeto obligado. En sus partes pertinentes establece:

(...) Debe exigirse a las instituciones financieras que emprendan medidas de Debida Diligencia del Cliente (DDC) cuando: (...) (iii) existe una sospecha de lavado de activos o financiamiento del terrorismo; (...). Si la institución financiera no pudiera cumplir con los requisitos (...) se le debe exigir a ésta que no abra la cuenta, comience relaciones comerciales o realice la transacción; o se le debe exigir que termine la relación comercial; y debe considerar hacer un reporte de transacciones sospechosas sobre el cliente (...). (GAFI, 2022, p 13).

Por su parte, la Recomendación 29 se refiere a la existencia de una Oficina estatal centralizadora de información y creada por ley, la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF)², y establece:

Los países deben establecer una Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) que sirva como un centro nacional para la recepción

² En España es SEPBLAC, en Nicaragua es UAF, en Panamá es UAF.

y análisis de: (a) reportes de transacciones sospechosas; y (b) otra información relevante al lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo, y para la comunicación de los resultados de ese análisis. La UIF debe ser capaz de obtener información adicional de los sujetos obligados, y debe tener acceso oportuno a la información financiera, administrativa y del orden público que requiera para desempeñar sus funciones apropiadamente. (GAFI, 2022, p. 23).

Y finalmente la Recomendación 20, principal temática de este artículo y que es puente entre las dos anteriores, envuelve esfuerzos conjuntos y responsabilidades compartidas. Se refiere a la existencia de la obligación establecida en ley para los sujetos obligados de presentar los ROS a la UIF. El GAFI (2022) en su Recomendación 20 establece:

Si una institución financiera sospecha o tiene motivos razonables para sospechar que los fondos son producto de una actividad criminal, o están relacionados al financiamiento del terrorismo, a ésta se le debe exigir, por ley, que reporte con prontitud sus sospechas a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) (pp. 18 y 19).

En su Nota Interpretativa que corresponde a la citada Recomendación 20, el GAFI destaca la necesidad de presentar ROS por operaciones intentadas e igualmente sobre delitos precedentes del BC:

(...) 3. Todas las transacciones sospechosas, incluyendo la tentativa de realizar

la transacción, deben ser reportadas independientemente del monto de la transacción.

4. El requisito de reporte debe ser una obligación preceptiva directa, y no son aceptables obligaciones indirectas o implícitas de reportar transacciones sospechosas, ya sea por causa de un posible proceso por un delito de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo u otra cosa (el llamado “reporte indirecto”) (GAFI, 2022, p. 91).

A través de una rigurosa Metodología de Evaluación, el GAFI monitorea a los países en la atención de las 40-R-GAFI, en cuanto al Cumplimiento Técnico y en cuanto a la Efectividad -centrado en resultados de la implementación de las mismas-, incluyendo el tema específico de los ROS y su tratamiento posterior hasta llegar a casos investigados y judicializados. Las estadísticas oficiales exhibidas y confirmadas por los países constituyen un factor determinante para medir efectividad. La Recomendación 33 del GAFI establece:

Los países deben mantener amplias estadísticas sobre los asuntos relevantes a la eficacia y eficiencia de sus sistemas ALA/CFT. Esto debe incluir estadísticas sobre los ROS recibidos y divulgados; acerca de las investigaciones, procesos y condenas de lavado de activos y financiamiento del terrorismo; sobre los bienes congelados, incautados y decomisados; y acerca de la asistencia legal mutua u otras solicitudes internacionales de cooperación. (GAFI, 2022, p. 25).

En su Metodología de Evaluación las cinco calificaciones que establece el GAFI al Cumplimiento Técnico de sus Recomendaciones son: Cumplida, Mayoritariamente Cumplida, Parcialmente Cumplida, No Cumplida y No Aplicable³. Para medir la Efectividad de sus Recomendaciones, el GAFI las agrupa en once Resultados Inmediatos, y designa cuatro niveles de calificación: Alto, Substancial, Moderado y Bajo⁴.

En la última Tabla consolidada de calificaciones de evaluación publicada por GAFI el 05 de octubre del 2022, el Cumplimiento Técnico de la Recomendación 20 sobre ROS, es calificada para estos tres países, del modo siguiente: España: Cumplidor, Panamá: Cumplidor y Nicaragua: Mayormente Cumplidor. Por su parte, la Recomendación 29 sobre UIF el GAFI las tiene calificada así: España: Cumplidor, Nicaragua: Cumplidor, y Panamá: Mayormente Cumplidor. Y la Recomendación 10 sobre DDC para estos países el GAFI las calificó: España: Mayormente Cumplidor, Nicaragua: Cumplidor, y Panamá: Mayormente Cumplidor.

Por otra parte, la Efectividad de la Recomendación 20 sobre ROS, la cual está agrupada dentro del Resultado Inmediato 4 -que incluye otras Recomendaciones como la 10, la 18 y la 29, entre otras- es calificada para estos tres países, en los siguientes niveles: España: Substancial, Nicaragua: Moderado, y Panamá: Moderado.

³ Se explica en páginas 161 y 162 de los Estándares Internacionales GAFI actualizado a Julio, 2022.

⁴ Se explica en páginas 170 y 171 de los Estándares Internacionales GAFI actualizado a Julio, 2022.

Los Informes de Evaluación Mutua (IEM) emitidos por GAFI son además considerados como fuentes y criterios de calificación del Riesgo-País por otros organismos internacionales y centros de investigación que también toman el pulso a la temática bajo su propia Metodología, como es el caso del Instituto de Gobernanza de Basilea. El GAFI, hasta junio del 2022 en su reporte tenía a Panamá y a Nicaragua en su Lista de “Jurisdicciones Bajo Mayor Monitoreo” por Deficiencias Estratégicas en sus respectivos Sistemas ALA/CFT-FP, conocida como Lista “Gris”; sin embargo, en su reunión plenaria de octubre del 2022, el GAFI excluyó a Nicaragua de dicha Lista por los avances mostrados en la materia. España no ha perfilado en la Lista “Gris” del GAFI.

El Instituto de Basilea en su último Informe Antilavado (AML) de octubre 2022, se refiere a 128 países evaluados. Nicaragua ocupa la posición número 19 (entre más cerca del número 1, significa mayor nivel de Riesgo) con una calificación de 6.70 (el máximo Riesgo equivale a 10), Panamá perfila en posición 38 con un puntaje de Riesgo de 5.81, y en posición 112 con un puntaje de Riesgo de 3.88 perfila España.

Los compromisos con el sistema de ROS de los países que siguen las 40-R-GAFI, van más allá de éstas, y apuntan, además, al cumplimiento de al menos cuatro importantes Convenciones de la Organización de las Naciones Unidas -ONU- de las cuales son signatarios, y que recogen la materia Anti BC/FT/FP, incluyendo el tema particular del ROS.

La idea del ROS se gesta desde la Convención ONU Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas -de 1988-, en cuyo artículo 15 recoge aspectos sobre capacitación y descubrimiento de circunstancias sospechosas en materia de Comercio Internacional.

Luego ya configurado como el actual ROS , está presente en el artículo 18 (inciso.1.b) de la Convención ONU para la Represión de la Financiación del Terrorismo, -de 1999-, en el que se establece que los sujetos obligados deben prestar “(...) atención especial a transacciones inusuales o sospechosas y reporten transacciones que se sospeche provengan de una actividad delictiva”.

Por su parte en el artículo 7 (inciso.1.a) de la Convención ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional -del 2001-, apunta a que los países deben adoptar medidas para: “(...) prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas”.

Y el artículo 14 (inciso 1.a) de la Convención ONU contra la Corrupción -del 2003-, establece de modo similar que “(...) en dicho régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, al establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas”.

2.2. Obligación legal expresa del ROS:

La obligatoriedad de presentar ROS de acuerdo con Convenciones ONU, las Recomendaciones

del GAFI y Directivas de la Unión Europea⁵, deben estar necesariamente consignadas en las Leyes locales de modo explícito, y además, reglamentados en los subsecuentes decretos ejecutivos y normativas administrativas específicas que ultiman los detalles según el Enfoque Basado en Riesgo -EBR- de cada entidad reguladora en la jurisdicción que se trate. Se mencionan disposiciones jurídicas de los países que se vienen referenciando:

España, artículo 18 de Ley No. 10 (año 2010 y reformas), Ley de Prevención del BC y de la FT:

Comunicación por indicio. Los sujetos obligados comunicarán, por iniciativa propia, al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante, el Servicio Ejecutivo de la Comisión) cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa, respecto al que, tras el examen especial al que se refiere el artículo precedente, exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

Nicaragua, artículo 8 de Ley No. 976 (año 2018 y reformas), Ley de la UAF:

Obligación de reportar operaciones sospechosas. 1. Los sujetos obligados que sospechen que los activos de un cliente están vinculados con el LA/FT/FP y delitos precedentes asociados al Lavado de Activos al momento de realizar o intentar una

⁵ Ver artículos 33 y 35 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015.

operación que este solicite o al concluir el análisis de sus operaciones, deberán reportar estas sospechas inmediatamente a la UAF. Del mismo modo, reportarán las operaciones y activos de proveedores de fondos, servicios, asociados, empleados, socios y aliados de negocios sobre los que sospechen que existe relación con LA/FT/FP y delitos precedentes asociados al Lavado de Activos.

Panamá, artículo 54 de Ley No. 23 (2015 y reformas), Ley de Medidas para Prevenir el BC/FT/FP:

Obligación de reportar una operación sospechosa Los sujetos obligados financiero, sujetos obligados no financieros y actividades realizadas por profesionales sujetas a supervisión, deberán comunicar directamente a la Unidad de Análisis Financiero para la Prevención del Delito de Blanqueo de Capitales y Financiamiento del Terrorismo cualquier hecho, transacción u operación, en la que se sospeche puedan estar relacionadas con los delitos de blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

Los citados artículos encuentran sus reglamentos en los siguientes Decretos: el Real Decreto 304/2014, por el que se Reglamenta la Ley 10/2010 del 2010 de España; los Decretos Ejecutivos 14-2018 y 15-2018 por los que se Reglamentan la Ley 976 del 2018 y la Ley 977 del 2018, respectivamente, de Nicaragua; y el Decreto Ejecutivo 35, por el que se Reglamenta la Ley 23 del 2015 de Panamá.

2.3.- Estructurando un ROS viable para una UIF:

En ocasión y en el contexto de los ROS, básicamente se hacen notar tres escenarios jurídicos, tres funciones, todas necesarias y complementarias entre sí para lograr un sistema efectivo que incida con contundencia contra las acciones financieras del crimen organizado. En un primer estadio, está la entidad reportante que genera información financiera a través del ROS -a tono con las ya citadas Recomendaciones 10 y 20. En segundo plano, la de la UIF, que, como destinatario exclusivo del ROS, los analiza y comparte sus resultados de Inteligencia financiera con otras autoridades facultadas, a partir del llamado análisis operativo -a tono con la ya citada Recomendación 29 del GAFI-. Y en tercer lugar, la de los órganos de investigación y juzgamiento, que según corresponda, generan evidencia y prueba financiera, de carácter indiciaria, esto a tono con la Recomendación 31 del GAFI:

(...) las autoridades competentes deben ser capaces de obtener acceso a todos los documentos e información necesaria para utilizarla en esas investigaciones, así como en procesos judiciales y acciones relacionadas. (...)deben ser capaces de pedir toda la información relevante en poder de la UIF. (GAFI, 2022, p. 24).

El ROS es siempre de carácter subjetivo por ser una conclusión a la que precisamente llega el sujeto obligado por sospechar o por tener motivos razonables para sospechar que se está ante una hipotética situación de BC, o de FT/FP, o bien ante sospechas de que existan vínculos

con delitos precedentes del BC; pero siempre basado en hechos objetivos, y allí radica la razonabilidad exigida. Además, el ROS debe ser presentado de buena fe para que la empresa reportante y sus colaboradores, puedan gozar de la protección legal especial indicada por GAFI en Recomendación 21:

Revelación (tipping-off) y confidencialidad. Las instituciones financieras, sus directores, funcionarios y empleados deben: (a) estar protegidos por la ley frente a la responsabilidad penal y civil por violación de alguna restricción sobre la revelación de información impuesta mediante contrato o mediante alguna disposición legislativa, normativa o administrativa, si éstos reportan sus sospechas de buena fe a la UIF, aun cuando no conocieren precisamente cuál era la actividad criminal subyacente, e independientemente de si la actividad ilegal realmente ocurrió o no; y (b) tener prohibido por ley revelar (“tipping-off”) el hecho de que se está entregando a la UIF un reporte de operación sospechosa (ROS) o información relacionada. (...) (GAFI, 2022, p. 19).

El alcance del citado estándar del GAFI sobre especial sigilo, lo vemos materializado como referencias en el artículo 23 de la Ley española No. 10/2010; en los artículos 11 y 12 de la Ley nicaragüense No. 976, y en el artículo 56 de la Ley panameña No. 23.

Relacionada al tema ROS y a la necesidad de gestionarlo con rigurosa confidencialidad, la Nota Interpretativa de la Recomendación 10 del GAFI, indica:

(...) La Recomendación 21 prohíbe a las instituciones financieras, sus directores, funcionarios y empleados revelar el hecho de que se está entregando a la UIF un ROS o se está reportando a la UIF información relacionada. Existe el riesgo de que se revele a los clientes sin querer cuando la institución financiera está tratando de cumplir con sus obligaciones en materia de debida diligencia del cliente (DDC) en estas circunstancias. El conocimiento del cliente sobre un posible ROS o investigación puede comprometer los esfuerzos futuros para investigar las sospechas de lavado de activos u operación de financiamiento del terrorismo. 3. Por ende, si las instituciones financieras sospechan que las transacciones están relacionadas al lavado de activos o el financiamiento del terrorismo, éstas deben tomar en cuenta el riesgo de delación al ejecutar el proceso de DDC. Si la institución cree razonablemente que la instrumentación del proceso de DDC llevará a una revelación al cliente o posible cliente, ésta puede optar por no seguir ese proceso y debe entregar un ROS. (...) (GAFI, 2022, p. 65).

El envío o presentación de un ROS no constituye una denuncia penal ni mucho menos una acusación. No se necesita que la entidad reportante tenga certeza de la ocurrencia de la actividad delictiva, ni debe identificar el tipo penal subyacente que pueda estar relacionado, ni verificar que los recursos tienen un origen ilícito; tan solo se requiere que la operación sea sospechosa para el sujeto obligado, en donde la persona (o grupo de personas) mencionada en el ROS, no deben enterarse ni ser advertidos que está siendo objeto de reportes. Corresponderá a

las autoridades de la UIF determinar si realmente se está ante un verdadero o posible esquema de criminalidad financiera, y de ser así escalar el correspondiente informe a otras autoridades de investigación y de promoción de la acción penal.

El sujeto obligado no recibe de parte de la UIF una realimentación sobre el ROS puntual que haya presentado, por cuanto no es función de dicha entidad estatal co-administrar el riesgo con la empresa reportante. El sujeto obligado por su libre decisión y apetito de riesgo decide desarrollar negocios con determinada persona a la que después debió reportar por las sospechas detectadas. Son sus propios riesgos en la actividad económica que desarrolla.

Una UIF sí puede y debe compartir información general con los sujetos obligados, pero no el resultado de su análisis operativo del caso puntual devenido de los ROS, sino, del producto de su análisis estratégico, del cual se genera información valiosa en forma de tipologías, esquemas, guías y tendencias sobre el BC/FT/FP y de los delitos subyacentes del BC.

Para todo Sistema Anti BC/FT/FP de un país, el ROS constituye siempre información sensible y básica, verdadera materia prima y esencial para el correspondiente análisis e investigación financiera que desarrolle la UIF⁶. Consecuentemente para que el ROS sea eficaz y útil a la labor de la UIF, es necesario que la información se ajuste a criterios de calidad

6 La UIF debe poder contar con diversidad de fuentes de información para análisis cruzado, incluyendo la obtenida de la cooperación internacional con entidades homólogas y en el Grupo Egmont.

(información adecuada), de oportunidad (información actualizada) y de precisión (información exacta y pertinente).

Para lograr efectividad del ROS, éste se debe construir o estructurar bajo determinadas pautas especiales que están indicadas en abundantes leyes, regulaciones e instructivos emanados de las UIF⁷, estándares y guías del GAFI o bien en reconocidas mejores prácticas. Incluso, sobre intercambio de información sensible a nivel de grupos económicos, el inciso 4 de la Nota Interpretativa de la Recomendación 18 del GAFI prevé:

(...) Esto debería incluir información y análisis de transacciones u operaciones inusuales (si se realizó dicho análisis); y podría incluir un ROS, su información subyacente o el hecho de que se haya enviado un ROS. (...) Deben estar establecidas salvaguardas adecuadas sobre la confidencialidad y el uso de la información intercambiada, incluso para evitar la revelación (tipping-off). (...) (GAFI, 2022, p. 88).

La importancia de lo anterior lo destaca Blanco (2020):

El GAFI ha elaborado una guía en la que explica que el intercambio de información en el grupo está destinado a identificar, gestionar y mitigar eficazmente los riesgos de BC/FT por parte del grupo. (...). En todo caso, se debe cumplir con la legislación aplicable (tanto del país de origen como

7 En web de las UIF están accesibles instrucciones y guías específicas a tono con la Recomendación 34 del GAFI.

del país anfitrión), que determinará el ámbito, el alcance y el mecanismo de dicho intercambio de información. De esta manera, se está dejando claro que el intercambio de información debe respetar, en todo caso, la normativa del Estado en el que las sucursales y filiales desarrollan su actividad. (p. 4).

Desde la experiencia profesional y práctica de las UIF, es propicio mencionar un resumen de algunos criterios que pueden ser relevantes y útiles para que la información del ROS se ajuste a niveles de calidad, de oportunidad y de precisión:

- a. Calificar de sospechosa una operación, y en consecuencia reportarla a la UIF, es una decisión exclusiva del sujeto obligado, con un EBR.
- b. Queda a criterio de cada sujeto obligado, en asunción de sus propios riesgos, cancelar o continuar la relación o vínculo con las personas incluidas en el ROS. Esto aplica cuando se trata de sospechas de BC, o de delitos precedentes de BC; sin embargo no es así cuando se trata de FT/FP, en cuyos escenarios y por mandato de instrumentos jurídicos deben de inmovilizarse las relaciones de manera inmediata⁸.
- c. Focalizar objetivamente a las personas que serán incluidas o mencionadas en el ROS, y no afectar a terceros de buena fe.
- d. Presentar el ROS atendiendo plazos,

- e. Formularios, plataformas, medios de envío, medidas de seguridad, reglas de archivo y de conservación, y de contenidos mínimos; requeridos por la respectiva UIF.
- e. Estructuración, manejo y presentación del ROS bajo estrictas reglas de confidencialidad, aún después de concluida la relación laboral y/o profesional.
- f. El ROS sólo a partir del análisis de señales de alerta y/o de inusualidades de BC/FT/FP o por situaciones que puedan estar vinculadas a los delitos precedentes del BC, que no hayan sido aclaradas, disipadas o descartadas.
- g. Señales de alerta y/o inusualidades, indicadas o referenciadas en catálogos o guías; y detectadas oportuna y tempranamente, además venidas de fuentes fiables.
- h. El ROS no necesariamente debe estar basado en una única señal de alerta y/o inusualidad.
- i. Se debe referir solamente a operaciones calificadas por el sujeto obligado como sospechosas. Las tenidas simplemente como alertas o sólo como inusuales, sin pasar por un análisis interno, no deben ser reportadas.
- j. El ROS es de carácter subjetivo por constituir una mera sospecha, pero basado en hechos objetivos, y con criterio técnicos.
- k. El ROS siempre se debe presentar basado en la buena fe, y no obedecer a criterios de pánico, ni basado en infundios o falsedades.
- l. Se enfoca solamente en sospechas de BC, y/o en sospechas de FT/FP, y/o en

⁸ Así lo determinan las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU. Entre las más relevantes están las siguientes: No.1373, No. 1267 y No.1540, cuyos alcances están transpuestos o materializados en las legislaciones de los países miembros del Sistema ONU.

sospechas de delitos precedentes de BC, y no en otros posibles delitos.

- m. Se presenta independientemente: -del monto o cuantía de la transacción, -de la naturaleza de la transacción, -del tipo de cliente o contraparte de que trate, -de que se piense o no que están involucradas cuestiones tributarias, -de que no se conozca con precisión cuál es el posible delito precedente y si éste ocurrió o no, -de que se continúe o no la relación con el cliente o contraparte mencionado en el ROS.
- n. La información sobre las transacciones debe ser pertinente y precisa, y no escasa.
- o. El contenido informativo mínimo del Formato ROS, debería ser el siguiente: -lugar en que se desarrolló la operación sospechosa, -persona natural o jurídica que es cliente o contraparte, y a nombre de quien se realizó o intentó la operación, -beneficiario de la cuenta o relación de negocios, -persona natural (gestor) que llevó a cabo o intentó la operación sospechosa, -información acerca de la operación sospechosa, -indicación de señales de alerta y sus fuentes, -estado actual de la relación entre el sujeto obligado y la persona mencionada en ROS, -descripción de la operación sospechosa.
- p. Relatar los hechos bajo argumento corto, distinguiendo entre premisas y conclusión, partiendo de premisas fiables, presentando las ideas en un orden cronológico, lenguaje profesional, claro, conciso y definitivo, evitando las apreciaciones personales y emotivas.

Toda UIF debe estar facultada por ley para requerir al sujeto obligado mayor información en ocasión de un ROS, o bien rechazarlo por no ajustarse a los requisitos de contenido, de calidad y de medios de presentación que ella misma indica a través de sus Normativas Guía o Instructivos. En ese sentido, por ejemplo, el artículo 9.i de la Normativa No. UAF-N-021-2019 de la UAF de Nicaragua, establece: “Cumplir con los requisitos establecidos en la presente normativa para la presentación de los ROS, en caso contrario, la UAF podrá solicitar al sujeto obligado que lo amplíe, corrija y si fuera necesario rechazarlo”.

Una vez recibido el ROS, la UIF lo somete a una certificación/validación de riesgo, tanto objetiva como subjetiva para determinar prioridades en base a la información contenida en la descripción de la operatoria. La de carácter objetiva, realizada por el sistema o plataforma (campos obligatorios). La de carácter subjetiva, realizada en forma conjunta por analistas y responsables de la respectiva área de análisis de la UIF. Ambas validaciones le definirán a la UIF la prioridad, la urgencia o la importancia para la atención de determinados ROS, a fin de analizar y concluir si se está en presencia de un posible esquema de BC o de FT/FP o de delitos precedentes de BC.

2.4.- El ROS y el Oficial de Cumplimiento, como factores disuasivos:

En esta importante misión de estructurar y presentar ROS efectivos, juega un papel de primera línea el funcionario principal de la gestión de ese riesgo dentro de la empresa obligada, cuyo cargo es conocido con el nombre de Oficial de Cumplimiento, y allí radica la necesidad de su permanente

capacitación y entrenamiento especial⁹. En un entorno sumamente cambiante y transformador de las entidades del sector empresarial, es primordial que los profesionales del Anti BC, y en especial el Oficial de Cumplimiento, tengan una preparación holística, para poder responder y estar a la altura de las exigencias y lograr una efectiva ejecución de las políticas y procedimientos.

En Nota Interpretativa de la Recomendación 18, se menciona la figura del Oficial de Cumplimiento:

(...) Los arreglos sobre el manejo del cumplimiento deben incluir la designación de un oficial de cumplimiento a nivel administrativo (...) (GAFI, 2022, p 88).

El Oficial de Cumplimiento es quien debe liderar la ejecución de un actualizado y efectivo programa de prevención del riesgo de BC, como parte de un amplio programa de integridad, conformado por políticas y por procedimientos de control interno. La función de Cumplimiento es cada día más demandante, compleja y exigente por las profusas y difusas leyes nacionales, regulaciones administrativas, estándares internacionales, normas extranjeras influyentes en los mercados,¹⁰ y hasta por las expectativas de la alta dirección de las empresas obligadas.

9 Puede recibir otros nombres según cada país o empresa, y debe ser contratado con nivel gerencial.

10 Por ejemplo, manejo de Listas OFAC de Estados Unidos de América, de calado mundial para la toma de decisiones empresariales.

La obligación en ley, que tienen los sujetos obligados para nombrar a un Oficial de Cumplimiento en los tres países que se están tomando por referencia, expresan lo siguiente:

España, artículo 26, inciso 2, de Ley No. 10 (año 2010 y reformas), establece:

(...) El representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión será responsable del cumplimiento de las obligaciones de información establecidas en la presente Ley, para lo que tendrá acceso sin limitación alguna a cualquier información obrante en el sujeto obligado.

Nicaragua, artículo 15, inciso b, de Ley No. 977 (año 2018 y reformas), Ley Contra el LA/FT/FP:

(...) b. La creación de funciones o cargos con nivel gerencial y/o estructuras administrativas que supervisen el cumplimiento de las medidas y procedimientos ALA/CFT/CFP y recomienden a sus superiores que los intensifiquen cuando sea necesario. Los Supervisores pueden determinar en qué casos los Sujetos Obligados bajo su supervisión están eximidos de nombrar personal de nivel gerencial.

Panamá, artículo 12 de Ley No. 23 (año 2015 y reformas):

Los sujetos obligados financieros, sujetos obligados no financieros y actividades realizadas por profesionales sujetas a supervisión, deberán designar a una persona o unidad responsable de servir como enlace con la Unidad de Análisis Financiero (...).

Sobre el rol del Oficial de Cumplimiento, Blanco (2009) expresa:

Junto a ello, se puede decir que los representantes ante el SEPBLAC constituyen un eslabón esencial en la denominada cadena antiblanqueo, cuyo objetivo esencial es prevenirlo y facilitar su investigación. Ellos son el origen de la presentación de las comunicaciones de operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales, y les corresponde una tarea de vigilantes de dicha cadena (gatekeepers) (...) Son ellos quienes deciden, desde su especial posición en la institución, si se deben comunicar determinadas operaciones al SEPBLAC, lo que puede suponer el inicio de una investigación policial o judicial por la comisión de un delito. (p. 123)

El programa de prevención del riesgo BC/FT/FP que administra el Oficial de Cumplimiento, cumple un valioso rol disuasivo en procura de evitar la comisión de delitos en el seno de la empresa, y allí radica también la importancia de su enfoque criminológico. En el control interno empresarial, la existencia de un beligerante Oficial de Cumplimiento y de un pertinente ROS como una de sus tareas primordiales, envían un potente mensaje contra el crimen organizado que siempre está al acecho de permear las vulnerabilidades de las empresas para utilizarlas como herramientas, como puentes y/o vasos comunicantes del movimiento de sus ganancias ilícitas, máxime que, precisamente, en esta materia nunca se está ante escenarios de riesgo cero.

Esta perspectiva, Blanco (2009) la explica de la siguiente manera:

El sistema de prevención y el grado de cumplimiento normativo tiene una vertiente criminológica evidente, dado que su objetivo es la prevención y detección del delito, en este caso del blanqueo de capitales. Y este es un aspecto de interés para los criminólogos (...) las obligaciones de comunicación y los representantes ante el SEPBLAC desempeñan una función que tiene grandes similitudes con las de la policía (...). Supone la existencia de una vigilancia dentro de una institución privada, que tiene ciertos paralelismos con los servicios de investigación privada que utilizan las empresas para prevenir e investigar el fraude y los delitos cometidos por sus empleados. (p. 123)

Actualmente esta temática suele ser parte del gobierno corporativo y de las políticas de integridad de la entidad obligada conocido como Compliance, que ha evolucionado más allá de la mera prevención del riesgo de BC/FT/FP. Sobre la evolución del Compliance, Dos Santos Flôres (2020) indica:

El compliance puede ser dividido en cinco etapas. La primera entre los años 1900 y 1950, abordamos la germinación del área. La segunda entre 1960 y 1990, identificamos el marco de constitución en las instituciones financieras. Entre 1990 y 2000, inicia la tercera etapa, marcada por el combate contra el lavado de dinero. En la siguiente década, fraudes y leyes más severas marcan la cuarta etapa. El quinto momento corresponde a la década actual, notablemente conocida como

la era de oro del combate a la corrupción. (p. 7).

En un programa de *Compliance* debe resaltar la integridad, la ética, y guardar relación con los riesgos propios de los negocios que la empresa desarrolla, con su dimensión y capacidad económica, y el entorno en que opera. En presencia de la comisión de un delito, se debe demostrar que el programa de integridad fue eficaz, lo que puede funcionar como estrategia de defensa penal e incluso como un eximente de responsabilidad penal para el sujeto obligado persona jurídica.

De esta consecuencia jurídica, es relevante ejemplo el artículo 31 bis (inciso 2) del Código Penal de España, que establece:

(...) la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención

y 4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

III. OMISIÓN DE CUMPLIMIENTO DEL ROS

3.1. Algunos escenarios de incumplimiento:

Los seguimientos del cumplimiento y de la efectividad del ROS en los diferentes países, actualmente están marcando acelerados cambios y tendencias jurídicas, legislativas, administrativas, doctrinales, jurisprudenciales y criminológicas por su efecto disuasivo en los sujetos obligados; y de modo especial en cuanto a delimitar responsabilidades de distinta naturaleza para aquellos que no cumplan con la obligación de detectar tempranamente operaciones sospechosas, y reportarlas en tiempo y forma a la autoridad.

Entre los incumplimientos que trascienden al plano penal, está el delito de BC bajo la modalidad de Comisión por Omisión, en donde el que omite reportar se coloca en posición de colaborador directo o indirecto de esta actividad ilícita. A estos incumplimientos les debe corresponder medidas sancionadoras que han de ser efectivas, proporcionales y disuasivas, tal y como lo determina el estándar mundial del GAFI en su Recomendación 35:

Los países deben asegurar que exista una gama de sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas, sean penales, civiles o administrativas, que estén disponibles para tratar a las personas naturales o jurídicas cubiertas (...) que incumplan con los requisitos ALA/CFT. Las sanciones deben ser

aplicables (...) también a sus directores y la alta gerencia. (GAFI, 2022, p. 25).

A efectos ilustrativos, y a partir de la experiencia, se presenta una aproximación de escenarios en las que no se cumple con la obligación legal de presentar el ROS. Se agrupan en tres situaciones generales que causan incumplimientos en la estructuración de un adecuado ROS:

- a. Cuando no se cuenta, del todo, con medidas (políticas y procedimientos de control interno) para gestión del Riesgo BC/FT/FP.
- b. Cuando sí se cuenta con medidas (políticas y procedimientos de control interno) para gestión del Riesgo BC/FT/FP, sin embargo, éstas contienen fallos estructurales.
- c. Cuando sí se cuenta con medidas (políticas y procedimientos de control interno) para gestión del Riesgo BC/FT/FP, y éstas no contienen fallos estructurales, pero sin embargo devienen mal ejecutadas, fallos humanos.

En estas circunstancias puede haber responsables en todos los niveles de participación (autor, colaboradores necesarios, cómplices, encubridores, según lo define cada país en sus políticas penales), y dar lugar o provocar dos posibles variables graves respecto al incumplimiento por omisión del ROS:

1. Que se omita reportar la operación sospechosa que se ha detectado y calificada como tal.
2. Que se omita detectar la operación sospechosa, aun cuando ésta sea obvia, de fácil detección y análisis.

Si las conductas indicadas, facilitan el BC en alguna de sus conocidas etapas: colocación,

estratificación e integración¹¹; entonces los responsables de esas omisiones pueden ser encausados bajo el criterio de justicia penal de Comisión por Omisión de este delito, indistintamente del nivel de participación que se delimite para cada uno de los involucrados, y que puede alcanzar, incluso, a los directivos de una empresa.

Lo anterior, por ejemplo, se expresa en las causales previstas en los incisos 2 y 3 del artículo 301 del Código Penal de España, o en el inciso “f” del artículo 282 del Código Penal de Nicaragua, o en el inciso 1 del artículo 255 del Código Penal de Panamá. En la aplicación a casos concretos de estas disposiciones, se conjugarán el más amplio abanico de matices y tendencias interpretativas, doctrinales y jurisprudenciales.

Luego entonces, la situación en particular tendrá distintos efectos jurídicos, según el sujeto obligado desarrolle medidas para la gestión de prevención del riesgo, si éstas no contienen fallos estructurales, y si, además, están adecuadamente ejecutadas. La confluencia de estas tres circunstancias positivas debidamente documentadas, será un verdadero pararrayo, eximente de responsabilidades, aun cuando no se haya presentado ningún ROS a la UIF.

No son pocas las ocasiones en que se detectan alertas o inusualidades, pero que después de un concienzudo análisis, al final no se reportan a la UIF por cuanto los tomadores de decisión de la entidad obligada concluyen que no se está ante

¹¹ Se explican de modo muy ilustrativo en Chanjan y Torres (2022), p.7.

una sospecha y no califican como tal. En este caso, no obstante, se debe calificar como de alto riesgo al cliente o contraparte, y aplicarle una Debida Diligencia de Conocimiento - DDC- intensificada o reforzada, que conlleva un monitoreo más estricto de la relación de negocios.

De todo lo actuado internamente (se haya o no presentado el ROS), el sujeto obligado debe archivar y conservar la información por el plazo mínimo que indique la respectiva legislación, y tenerla a disposición de las autoridades (administrativas y judiciales) para poder reconstruir el caso y definir acciones de aplicación de la ley. Al respecto la Recomendación 11 del GAFI propone un mínimo de años.

3.2.- Situación de Riesgo y Posición de Garante en la Omisión del Cumplimiento del ROS:?

El BC nos presenta un panorama de permanente riesgo del bien jurídico protegido, considerado por lo general la estabilidad y la sanidad del orden socio-económico-financiero de un país¹². Para cualquier empresa, en tanto en cuanto está desarrollando sus giros de negocios, no habrá para ella riesgo cero de BC/FT/FP, pues siempre éste es inherente dentro de la actividad económica que realice, en particular las más vulnerables identificadas por GAFI y por cada país a partir de sus Evaluaciones del Riesgo.

Aquí entra en escena la figura que la doctrina

¹² Existen diversas posiciones interpretativas entre las posturas uniofensivas y las posturas pluriofensivas. Se pueden ver sintetizadas en Chanjan y Torres (2022).

denomina Posición de Garante, que tiene especial relevancia jurídico-penal, aunque bastante ausente de modo explícito como tal en los textos legislativos. Se trata del titular de un deber de respuesta para que se evite el resultado lesivo, no deseado, y el cual, en consecuencia, está prohibido. La Posición de Garante es explicada por Cuadrado Ruíz (2000) de la siguiente manera:

(...) en nuestro ordenamiento y desde una interpretación armónica del art. 11, la equiparación entre acción y omisión, sólo será posible, según el sentido del texto de la Ley, cuando exista un garante que haya infringido un especial deber jurídico (...) En los delitos de comisión por omisión, junto a la ausencia de la acción debida es preciso que el autor hubiese podido evitar el resultado. (...) El ordenamiento jurídico lleva aquí una selección entre todas las omisiones que no impidieron el resultado, y dota de relevancia jurídico-penal, tan sólo, a las omisiones de quienes se encuentran en una situación tal, que fundamenta el deber jurídico de evitar el resultado prohibido. Esto es lo que se llama posición de garante. (...) Es decir, autor de un delito de comisión por omisión sólo puede serlo el titular de un deber de responder que se evite el resultado (deber de garante) (...) No todo sujeto indiferenciado puede ser autor de un tipo de comisión por omisión, sino únicamente aquellos que son garantes de la no producción del resultado. (pp. 12 y 13).

El artículo 11 del Código Penal de España, establece:

Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

En Nicaragua, el Código Penal prevé:

Art. 12 (...) En los delitos puros de omisión, el hecho se considera realizado donde debió tener lugar la acción omitida.

Art. 282 Lavado de dinero, bienes o activos. Quien a sabiendas o debiendo saber, por sí o por interpósita persona, realiza cualquiera de las siguientes actividades: (...) f) Incumpla gravemente los deberes de su cargo para facilitar las conductas descritas en los literales anteriores (...) ¹³

Panamá, en su Código Penal el artículo 25 dispone:

Los delitos pueden cometerse por comisión u omisión. Hay delito por comisión cuando el agente, personalmente o usando otra persona, realiza la conducta descrita en la norma penal, y hay delito por omisión cuando el sujeto

incumple el mandato previsto en la norma. Cuando este Código incrimine un hecho en razón de un resultado prohibido, también lo realiza quien tiene el deber jurídico de evitarlo y no lo evitó pudiendo hacerlo.

Dentro de esta situación puede subsumirse la actuación omisiva de cualquier funcionario, empleado o colaborador del sujeto obligado, o bien la actuación de funcionarios de las entidades de regulación-supervisión, que hayan incumplido sus responsabilidades en las tareas propias relacionadas al ROS dentro de la ruta de detección, análisis, toma de decisión, estructuración, presentación, aceptación y revisión, y que con ello se contribuya a la materialización de esquemas puntuales de BC en cualquier de sus etapas.

Con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, se omite -intencionalmente o con conocimiento de causa- el cumplimiento de alguno o de todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico específico, y con ello se hace partícipe de la comisión (por omisión) de esta actividad delictiva en el ámbito económico ¹⁴.

La Posición de Garantía en el Anti BC/FT/FP, parece apuntar entonces, aunque no exclusivamente, a la figura o cargo del Oficial de Cumplimiento como principal ejecutivo de la materia dentro de la estructura organizacional de la entidad obligada, incluso con nivel de alta gerencia en

¹³ A este tipo de disposiciones jurídicas se le suele calificar como una "norma penal en blanco" por cuanto su íntegro contenido debe completarse en relación con normas administrativas. Así lo aborda Fabián Caparrós (2013).

¹⁴ Caben escenarios, incluso, de la modalidad Imprudente del Blanqueo de Capitales en casos graves, como lo prevé España, y de lo que muy pertinente explica sus dificultades dogmáticas Fabián Caparrós, E. (2010).

muchas empresas. Esto, por ser él a quien, por lo general, se la da la responsabilidad de decidir en última instancia si determinada operación es de carácter sospechosa y en consecuencia si debe o no reportarse a la autoridad competente, la UIF. Aunque en esta decisión también pueden intervenir distintos tipos de Comités -de Riesgos, de Complimiento-, según la exigencia normativa y el esquema organizacional de la empresa.

Quien asume el cargo de Oficial de Cumplimiento dentro de una entidad obligada, se constituye en una especie de barrera para evitar que la empresa sea utilizada como instrumento para blanquear activos provenientes de actividades ilícitas, y si, pudiéndolo hacer por ser obvias las señales de alerta, o inusualidades o sospechosas, no evita la comisión del delito (a sabiendas), entonces será tenido como si hubiera cometido la conducta misma. Existen variedad de corrientes interpretativas alrededor de la posición de garante¹⁵.

Sólo podría ser autor del delito de BC bajo la modalidad de Comisión por Omisión, personas que, con determinadas características y funciones, están obligadas a diligenciar tareas puntuales -incluyendo, por supuesto, el ROS- conforme su programa de prevención del riesgo- a fin de evitar que dicho delito se materialice utilizando la empresa con esa finalidad. La responsabilidad penal de Comisión por Omisión en materia de BC, más que en el plano causal, hay que situarlo en el plano normativo. Y ello por cuanto este ilícito es mayormente aceptado

como un delito continuado -por sus distintas fases- de mera actividad, y no necesariamente de resultados.

En la doctrina se destacan varias fuentes formales para la Posición de Garante, entre las que se pueden mencionar: -la Ley, -el Contrato, -las Relaciones Especiales y -la Injerencia. Los funcionarios o empleados con roles para gestionar, mitigar y contener el riesgo de BC, dentro de una empresa obligada, pueden encuadrar sus obligaciones en las cuatro fuentes indicadas, en especial en las dos primeras. Por un lado, la Ley y las abundantes Regulaciones Administrativas, obligan al funcionario de manera específica y expresa. Por otro lado, el Contrato Laboral o de servicios profesionales, delimitan el alcance de sus funciones y competencias, que son deberes de vigilancia ante el riesgo de BC, y al no evitar lo que es previsible y que está a su alcance, actúa no como sujeto activo, sino como sujeto omisivo.

Lo anterior, sin perjuicio de que con la omisión de presentar el ROS se haya o no facilitado la materialización de esquemas de BC, siempre podrá corresponder la aplicación de sanciones administrativas por parte de las autoridades de regulación y/o supervisión por infringir la obligación de remitir ROS ante situaciones que sí debía corresponder y era justificado.

IV. CONCLUSIONES

Como resultado de este estudio, se concluye que, para una mayor efectividad del ROS por Riesgo de BC/FT/FP o de delitos precedentes del BC, y que sea más útil para la autoridad destinataria del mismo, la UIF; dicho Reporte, además de ser una obligación establecida

¹⁵ Ilustrativo el abordaje de estas temáticas en: Cuadrado (2000), págs. 11-68, y en Cuadrado (1998).

expresamente en ley y cuyo cumplimiento ha de ser promovido y estimulado por los gobiernos entre los sujetos obligados; el ROS ha de ser el resultado de detecciones tempranas y análisis objetivo de alertas, inusualidades y sospechas, y la información contenida en el mismo, debe contar con características de calidad, de oportunidad y de precisión producto de una adecuada aplicación de mecanismos preventivos de DDC, de Monitoreo, y con EBR. Todo en atención a regulaciones locales, a políticas internas y a estándares mundiales.

Del mismo modo se ha hecho patente que en esta primordial responsabilidad de presentar ROS de manera pertinente, constituyen verdaderos garantes éticos de su cumplimiento -cada quien desde el ejercicio de sus respectivos cargos y roles-, los directivos, funcionarios y empleados de la entidad obligada, en particular el Oficial de Cumplimiento, como principal ejecutivo de la gestión del riesgo dentro de la empresa.

Ante esta delicada función, como es la estructuración y el envío de un efectivo ROS, se concluye, igualmente que, en presencia de incumplimientos, se hace necesario el establecimiento y la aplicación de sanciones efectivas y proporcionales, incluyendo, claro está, los casos de omisión grave de esta tarea, y por cuya causa se llegue a colaborar directa o indirectamente con verdaderos esquemas de BC, ya sea por fallos en los procesos o fallos en las personas. Y ello nos puede ubicar en escenarios de delito de Comisión por Omisión, destacándose tres elementos necesarios: -la posición de garante, -la producción del resultado y -la posibilidad de evitarlo.

Con el establecimiento y la aplicación de sanciones -penales, civiles, administrativas y disciplinarias-, se logra un efecto disuasivo en los sujetos obligados, y se traduce en una vuelta de tuerca en cuanto a la atención y superación de vulnerabilidades y en un constante fortalecimiento de sus propios mecanismos internos para determinar, estructurar y presentar ROS mejormente apuntalados como información primordial para la UIF, y con ello ver robustecidos los resultados e informes conclusivos de esta entidad estatal para subsecuentes acciones de persecución del delito.

Y desde un enfoque criminológico, esta tarea adecuadamente desarrollada, blindada y los negocios de los sujetos obligados mitigando el riesgo de ser utilizados para el BC/FT/FP, y de los delitos precedentes del BC, al ser inversamente proporcional al debilitamiento y/o al desestimulo y/o a la permeabilización de las estructuras, conductas y movimientos financieros de la criminalidad financiera organizada; y además, como efecto general mejora la percepción específica del Riesgo-País, monitoreada por organismos especializados, lo cual es elemental para la atracción de inversiones sanas a las economías, que redundan en crecimiento sostenible.

TRABAJOS CITADOS

Blanco Cordero, I. (2020). *Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y ne bis in ídem*. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. España, 2020.

Blanco Cordero, I. (2020) *Blanqueo de capitales, intercambio*

- de información y grupos financieros: Obligación de las sucursales o filiales de entidades de crédito pertenecientes a grupos financieros europeos de contar con la información de las posiciones de sus clientes nacionales en otras entidades del grupo.* En Revista Electrónica La Ley Digital. España.
- Blanco Cordero, I. (2015). *El Delito de Blanqueo de Capitales* (4ª. ed.), Aranzadi, Pamplona. España.
- Blanco Cordero, I. (2009). *Eficacia del Sistema de Prevención del Blanqueo de Capitales. Estudio del Cumplimiento Normativo (Compliance) desde una Perspectiva Criminológica.* En Eguzkilore Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. No 23. San Sebastián, España. pp. 117-138.
- Chanjan Documet, R. y Torres Pachas, D. (2022). *Lecciones sobre el delito de lavado de activos y el proceso de extinción de dominio.* 1ª. Ed., Instituto de Democracia y Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Convención de la ONU Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, del año 1988. <https://www.un.org/es/>
- Convención de la ONU para la Represión de la Financiación del Terrorismo, del año 1999. <https://www.un.org/es/>
- Convención de la ONU Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del año 2001. <https://www.un.org/es/>
- Convención de la ONU Contra la Corrupción, del año 2003. <https://www.un.org/es/>
- Cuadrado Ruíz, M. A. (2000). *Posición de Garante.* En Revista de Derecho Penal y Criminología. 2da. Época, No. 6. España. pp. 11-68.
- Cuadrado Ruíz, M. A. (1998). *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario.* 1ª. Ed. Bosch. España.
- Directiva de la Unión Europea (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32015L0849>
- Dos Santos Flôres, Vinícius (2020). *Compliance Handbook, Una guía histórica, conceptual y técnica.* Interact Solutions Ltda. 3ª Ed. Lajeado. Brasil.
- Estándares Internacionales sobre la lucha contra el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo, y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Actualización a julio 2022. <https://www.fatf-gafi.org/>
- Fabián Caparrós, E. (2013). *Los Tipos de Omisión en el Marco del Lavado de Activos.* En Derecho Penal Contemporáneo. Revista internacional, No. 42. Colombia, pp. 31-71.
- Fabián Caparrós, E. (2010). *Algunas Observaciones sobre el Blanqueo Imprudente de Capitales (Aspectos Doctrinales y Jurisprudenciales).* En Revista Justitia No. 8. Dialnet. España. pp. 59-86.
- Informes de Evaluación Mutua (IEM) e Informes de Seguimiento del GAFI y del GAFILAT de los siguientes países: España, Nicaragua y Panamá. <https://www.fatf-gafi.org/>
- Informe de Octubre del 2022, del Índice Antilavado de Activos del Centro Internacional de Recuperación de Activos del Instituto sobre Gobernabilidad de Basilea (Basel Institute on Governance). <https://index.baselgovernance.org/ranking>
- Ley Orgánica No. 10/1995 de 1995: Código Penal. publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE), No. 281 del 24 de Noviembre del 1995. Y reformas. España.
- Ley No. 10/2010 del 2010: Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE), No. 103 del 29 de Abril del 2010. Y reformas. España.
- Ley No. 641 de 2007: Código Penal, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 83, No. 84, No. 85, No. 86 y No. 87, del 5, 6, 7, 8 y 9 de Mayo del 2008. Y reformas. Nicaragua.
- Ley No. 976 de 2018: Ley de la Unidad de Análisis Financiero; publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 138 del 20 de Julio del 2018, y posteriores reformas por Ley No. 1002, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 176 del 13 de Septiembre del 2019. Nicaragua.
- Ley No. 977 del 2018: Ley Contra el Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva; publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 138 del 20 de Julio del

2018, y posteriores reformas por Ley No. 1000, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 157 del 19 de Agosto del 2019, y por Ley No. 1072, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 89 del 15 de Mayo del 2021. Nicaragua.

Ley No. 14 de 2007: Código Penal, publicada en Gaceta Oficial No. 25796 del 22 de mayo del 2007. Y reformas. Panamá.

Ley No. 23 del 2015: Ley de medidas para prevenir el Blanqueo de Capitales, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, publicada en Gaceta Oficial No. 27768-B 27 de Abril de 2015. Y reformas. Panamá.

Real Decreto No. 304/2014: Reglamenta de la Ley 10/2010, publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE), No. 110 del 06 de Mayo del 2014. España.

Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU No.1373, No. 1267 y No.1540. <https://www.un.org/securitycouncil/es>

Tabla consolidada de calificaciones de evaluación publicada por GAFI el 05 de Octubre del 2022. <http://www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/assessment-ratings.html>

Heynar Francisco Martínez Morales

Afiliación: Universidad de Granada

Abogado-Consultor en Anti Lavado de Activos y FT/FP. Firma PLECA LEGAL & COMPLIANCE, Profesor de ALA/CFT-FP y Cumplimiento Regulatorio.

Universidad Internacional para el Desarrollo Sostenibles (UNIDES) Managua, Nicaragua.

Doctorando en Criminología - Universidad de Granada, España. heynarmartinez@yahoo.es,

plecallegalcompliance@gmail.com,

heynarfmm@correo.ugr.es