UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL ECONOMICO

TEMA DE INVESTIGACION

LA IMPLEMENTACION DEL SISTEMA DE COMPLIANCE PENAL EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL ECONOMICO EN EL SALVADOR.

TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OPTAR AL TITULO DE

MAESTRO EN DERECHO PENAL ECONOMICO

PRESENTADO POR:

JOSÉ ANIBAL ABREGO PARKER

DOCENTE ASESOR

ARMANDO ANTONIO SERRANO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, 18 DE JUNIO DE 2024

AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSC. JUAN ROSA QUINTANILLA

RECTOR

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN

VICERRECTOR ACADEMICO

MSC ROGER ARIAS

VICERECTOR ADMINISTRATIVO

LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

SECRETARIO GENERAL

LIC. CARLOS AMILCAR SERRANO RIVERA

FISCAL GENERAL

AUTORIDADES

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

MSC. HUGO DAGOBERTO PINEDA ARGUETA

DECANO

MSC OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

VICE DECANO

DR. ARMANDO ANTONIO SERRANO.

DIRECTOR DE LA UNIDAD DE POSGRADOS

DR. ARMANDO ANTONIO SERRANO.

DOCENTE ASESOR

TRIBUNAL CALIFICADOR:

PRESIDENTE

Marvin Humberto Flores Juarez

SECRETERIO

Georlene Marisol Rivera López

VOCAL

Armando Antonio Serrano

AGRADECIMIENTOS.

Agradecer en primer Lugar a Dios, por tenerme al pie del cañón; porque al parecer soy uno de sus mejores soldados.

A mi Chiqui Familia Ana y mi Pollito Lou.

A mi mamá que todos los días me convence más de su gran amor y fortaleza es mi ídolo de siempre.

Mi hermana que está ahí para mí, aunque parezca que no.

A mis amigos que muy a su estilo me dijeron que no dejara tirada la Maestría

A mis nuevos amigos de la UES que me apoyaron en TODO lo solicitado

A mi asesor el Dr. Serrano por su fe en sacar agua de este pozo….

Y por último agradecer al artífice de este proyecto a JOSE ANIBAL ABREGO PARKER.

“Si te lo propones lo vas a conseguir”

Roberto Alejandro Abrego Madrid-

Contenido

CAPÍTULO 1. ..... **1**
GENERALIDADES SOBRE LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE **1**
1.1. COMPLIANCE **1**
A) DEFINICIÓN **1**
B) CLASIFICACIÓN **3**
i. PREVENTIVOS **4**
ii. FINANCIEROS **4**
iii. DE ESTRATEGIA DE MERCADO **4**
iv. REPUTACIONALES **4**
v. VINCULADOS A LA CULTURA CORPORATIVA **5**
vi. MODULADORES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL **5**
C) MODELOS DE COMPLIANCE **5**
i. CUMPLIMIENTO NORMATIVO **5**
ii. CUMPLIMIENTO SISTEMÁTICO **6**
iii. COMPLIANCE INTEGRAL **6**
iv. MODELO PUESTO EN VIGENCIA EN EL SALVADOR **7**
D) FUNCIÓN **8**
1.2. ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO **8**
d) CÓDIGO DE ÉTICA **9**
g) CAPACITACIÓN **10**
h) FUNCIONES DEL OFICIAL O ENCARGADO DE CUMPLIMIENTO **11**
i) LA DEFINICIÓN DE LOS ELEMENTOS EN RELACIÓN CON LA SITUACIÓN, TAMAÑO, GIRO, NIVEL DE INGRESOS Y COMPLEJIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA. **13**
1.3. EL COMPLIANCE PENAL EMPRESARIAL **13**
a) RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA **14**
a.1 DELITOS IMPUTABLES A LA PERSONA JURÍDICA **14**
a.2 LOS DELITOS DE LA EMPRESA VERSUS LOS DELITOS EN LA EMPRESA **15**
b) COMPLIANCE PENAL **16**
a. ESTÁNDARES DEL COMPLIANCE PENAL. **16**

b. DERECHO COMPARADO SOBRE NORMATIVA DE REGULACIÓN EN COMPLIANCE PENAL 16

i. ESPAÑA 16

ii. COLOMBIA 17

c. UTILIDAD DE LOS PLANES DE CUMPLIMIENTO 19

i. COMO INSTRUMENTO PARA LA EXONERACIÓN O ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA 19

d. RESPONSABILIDAD PENAL DENTRO DE LA EMPRESA 20

i. DEL ADMINISTRADOR 20

ii. DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO Y DEL ENCARGADO DE CUMPLIMIENTO 22

iii. POSIBILIDADES DE EXONERACIÓN 22

CAPITULO II 25

MARCO NORMATIVO DE LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE Y OTROS PARA LA PREVENCION DEL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS. 25

1. ANTECEDENTES INMEDIATOS A LA REGULACIÓN DEL SURGIMIENTO DE LAVADO DE DINERO. 25

2. ORGANISMOS INTERNACIONALES QUE REGULAN LA PREVENCIÓN DEL LAVADO DE DINERO Y FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO. 26

2.1. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 26

2.2. EL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA. (GAFI) 27

2.3. EL GRUPO EGMONT. 29

2.4. COMITÉ DE BASILEA SOBRE LA SUPERVISION BANCARIA. 30

3. TRATADOS INTERNACIONALES RELATIVOS AL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS. 31

3.1. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS. 31

3.2. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. 32

3.3. EL REGLAMENTO MODELO SOBRE DELITOS RELACIONADOS CON EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y DELITOS CONEXOS DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS (CICAD). 34

3.4. LA LEGISLACIÓN MODELO DEL PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA FISCALIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS DROGAS (PNUFID). 37

3.5. CONVENIO CENTROAMERICANO PARA LA PREVENCIÓN Y LA REPRESIÓN DE LOS DELITOS DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS RELACIONADOS CON EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y DELITOS CONEXOS. 38

3.6. LAS NORMAS ISO DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE NORMALIZACIÓN. 39

3.6.1. ISO 373011 SOBRE COMPLIANCE 39

3.6.2 ISO 37001 ANTICORRUPCION Y ETICA EMPRESARIAL. 41

4. NORMATIVA NACIONAL. **42**

4.1. LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS (LCLDA). **42**

4.1.1. ASPECTOS RELEVANTES DE LA PROPUESTA DE LEY CONTRA LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS. **43**

4.2. REGLAMENTO DE LA LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS. **44**

4.3. INSTRUCTIVO DE LA UIF VIGENTE. **44**

4.4. NORMAS TÉCNICAS PARA GESTIÓN DE LOS RIEGOS DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS, Y DE FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO. **44**

CAPÍTULO 3. ..... **47**

3. 1. EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS. **47**

A) GENERALIDADES. **47**

B) ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL TIPO OBJETIVO Y EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO. **48**

B. 1. EL ELEMENTO OBJETIVO DE LA TIPICIDAD. **48**

B.1. .1. LAS CONDUCTAS TÍPICAS. **48**

B. 1. 2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS. **49**

B. 2. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS. **51**

B. 3. EL ERROR DE TIPO EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS. **53**

C) ANTIJURIDICIDAD, CULPABILIDAD Y PUNIBILIDAD DEL DELITO. **54**

C. 1. LA ANTIJURIDICIDAD. **54**

C. 2. CULPABILIDAD. **55**

D) ETAPAS QUE INTEGRAN EL LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS..... 56

D. 1. COLOCACIÓN. 56

D. 2. ENSOMBRECIMIENTO. 56

D. 3. INTEGRACIÓN. 57

E) TIPOLOGÍAS PARA LA REALIZACIÓN DEL LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS..... 57

F) LA PREVENCIÓN PARA EVITAR LA COMISIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS..... 58

F. 1. LOS SUJETOS OBLIGADOS..... 59

F. 2. DEBERES DE LOS SUJETOS OBLIGADOS. 60

3.2. ANÁLISIS DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENA ECONÓMICO EN EL SALVADOR. 61

A) PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA PERSPECTIVA. 61

B) EL ORDEN ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR. 62

C) ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL ORDEN ECONÓMICO. 63

C. 1. LIBERTAD ECONÓMICA..... 63

C. 2. LIBERTAD DE EMPRESA. 63

C. 3. LIBRE MERCADO..... 63

C. 5. EL INTERÉS DE LOS CONSUMIDORES..... 64

D) LA SUBSIDIARIA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA. 64

E) LOS LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA. 65

CAPITULO 4: 66

ANÁLISIS DEL INSTRUCTIVO DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPUBLICA..... 66

4.1 GENERALIDADES: 66

4.2 INSTRUCTIVO DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA. 69

4.3 SUJETOS OBLIGADOS Y REGISTRO. 71

4.4 REGISTRO DE SUJETOS OBLIGADOS. 73

4.5 APLICACIÓN DEL ENFOQUE BASADO EN RIESGOS-EBR: 74

4.5.1 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 74

4.6 INSTRUCCIONES GENERALES APLICABLES A TODOS LOS SUJETOS OBLIGADOS PARA APLICAR POLÍTICAS PARA LA PREVENCIÓN, CONTROL Y DETECCIÓN. **76**

4.6.1 SISTEMA DE POLÍTICAS, PROCEDIMIENTOS Y CONTROLES INTERNOS. **76**

4.6.3 ACTUALIZACIÓN DE INFORMACIÓN Y MANTENIMIENTO DE REGISTRO. **85**

4.7 LA FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO DESIGNADA A UN RESPONSABLE DE CUMPLIMIENTO. **87**

4.7.1 REPORTES DE OPERACIONES INUSUALES, SOSPECHOSAS, EN EFECTIVO U OTRAS. **92**

4.8 UN PROGRAMA DE FORMACIÓN CONTINUA DE EMPLEADOS. **96**

4.9 UNA FUNCIÓN DE AUDITORÍA INDEPENDIENTE PARA COMPROBAR LA EFICACIA GENERAL DEL PROGRAMA: **98**

4.10.1 CONGELAMIENTO DE FONDOS: **99**

4.10.2 LISTAS DE CAUTELA: **100**

4.10.3 ACTIVIDADES Y PROFESIONES NO FINANCIERAS DESIGNADAS. **100**

4.10.4 ASOCIACIONES Y FUNDACIONES SIN FINES DE LUCRO. **102**

4.10.5 PROVEEDORES DE SERVICIOS DE ACTIVOS VIRTUALES. **102**

CAPITULO 5 ..... **107**

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. **107**

BIBLIOGRAFIA. **109**

JURISPRUDENCIA. **111**

LEGISLACION Y NORMATIVAS. **112**

PAGINAS WEB **113**

INTRODUCCIÓN.

El presente Trabajo tiene como objetivo en primer Lugar optar al título de Maestro en Derecho Penal Económico, por parte de la Universidad de El salvador, y en segundo lugar aportar a la comunidad jurídica nacional de una herramienta académica de consulta con el fin de ayudar en este tema tan importante para los agentes económicos Nacionales e Internacionales.

Para nadie dentro de la Comunidad Jurídica es desconocido que el derecho Penal ha evolucionado tanto que la teorías Clásicas del Derecho Penal se quedan cortas al momento de querer darle un solución practica a problemas actuales como el Lavado de Dinero, La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, u otros modelos de imputación, es ahí donde surge el concepto de Derecho Penal Económico, ya que hasta hace algunos años se estudiaban los fenómenos económicos únicamente a la Luz del Derecho Civil, Mercantil o Bancario, sin embargo hoy en el derecho penal existen muchas más incidencia en las empresas y en los Estados

Es por eso que con este aporte se pretende desde la teoría explicar como funciona un Sistema Normativo de Prevención o Compliance; a la luz del Derecho Penal Económico en El salvador y como algunos países han adoptado estas tendencias.

Por eso esta Tesis esta dividida en 5 capítulos, donde desde el Análisis Dogmático Jurídico, se pretende dar una visión general sobre los programas de cumplimiento, la Normativa aplicable tanto nacional como Internacional, el análisis dogmatico del Tipo Penal del Lavado de Dinero, y el Famoso y cuestionado instructivo de la Unidad de Investigación Financiera de la Fiscalía General de la Republica, asi como conclusiones y recomendaciones que se han arribado en el desarrollo de la presente investigación

El capitulo uno llamado “Generalidades sobre los programas de Compliance” hacemos un recorrido por la conceptualización, los modelos y sobre todo el compliance Penal Empresarial, que es el interés de esta Tesis; a grandes rasgos podemos decir, que es un modelo iniciado en los Estados Unidos y que como situación extraña no nació para evitar el

Lavado de Dinero si no que el Presidente Carter quería que se volviera a tener confianza en el Mercado y el Estado y asi poder evitar sobornos después de la crisis de Watergate, es decir que los Manuales de Cumplimento Normativo en inicio se crearon para evitar la corrupción de las empresas y el Estado; en dicho capítulo de manera General se explica la utilidad de los Manuales de cumplimiento dentro de las empresas.

El capitulo dos no es mas que un recorrido de la normativa nacional e internacional, aplicable al Compliance, es de recordar que en materia de Prevención de Lavado de Dinero tiene mucho que ver además del Derecho Positivo Vigente Nacional como la Ley de Lavado de Dinero e Internacional como Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, pero además se hace análisis sobre los organismos internacionales que regulan el fenómeno así como normas de "Softlaw" que regulan temas relacionados al Lavado de Dinero, la prevención del mismo y sobre todo el esfuerzo que hacen los Estados para minimizar los Riesgos de lavado y para lo cual deben de ir de la mano con las empresas.

En el capitulo tres y en referencia a que el Delito de Lavado de Dinero y Activos, toma importancia Nacional a partir de la Aprobación de la Ley de lavado de Dinero y activos del 1998, se tiene pocas sentencias al respecto en su mayoría temas relacionados a actividades relativas a las drogas como delito precedente y corrupción Estatal, a pesar que hay infinidad de libros, revistas y material en internet sobre el Delito de Lavado de dinero y su aplicación practica en la Teoría del Delito convencional siempre muestra Problemas de aplicación en El salvador, por lo que no está de más un estudio básico sobre el delito, aunque esta investigación sea la del la Prevención y no la represión

El manual de la UIF es de esos documentos que a pesar de ser importante y amplio en el desarrollo de su temática- la prevención- no es claro y es por eso que en el capítulo 4 se trata de desmenuzar y desde la practica de mi persona en la Unidad contra el Lavado de Dinero y Activos tratar de ayudar a dejar claros algunos grises que el mismo Instructivo tiene, así como hacer las criticas respectivas desde la practica ahora en el Libre ejercicio de la profesión, en la que los asesoramientos empresariales han abierto una serie de dudas que el instructivo no termina de dejar claro y de ahí la importancia de su análisis.

Por ultimo y después de meses de investigar y revisar documentos, sentencias, leyes y artículos académicos nos tomamos con responsabilidad concluir algunas situaciones en este tema de Compliance, pero más aun el compromiso de recomendar situaciones que considero importantes en el tema.

ABREVIATURAS

Art.	Articulo
BCR.	Banco Central de Reserva
Bis	Repetido
Cap.	Capitulo
C.E.	Constitución Española
cf.	Confrontar
Cit.	Citado
CN.	Constitución
Cp	Código Penal
CSJ	Corte Suprema de Justicia
Cp	Código Penal
D.L.	Decreto Legislativo
D-O.	Diario Oficial
L.B.	Ley de Bancos

ONU	Organización Naciones Unidas
U.S.A..	Estados Unidos de América
LCLDA	Ley contra Lavado de Dinero y Activos
RPPJ	Responsabilidad Penal de las Personas Juridicas
UIF	Unidad de Investigacion Financiera
FGR	Fiscalia General de la Republica

CAPÍTULO 1.

GENERALIDADES SOBRE LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Sumario: 1.1. Compliance, 1.2. Elementos que integran el Programa de Cumplimiento. 1.3. El Compliance Penal Empresarial.

1.1. COMPLIANCE

Para entender la problemática de este tema, se debe partir de un punto que permita entender sobre qué nos enfrentamos. Es así, que en el presente capítulo trataremos sobre qué entendemos por *compliance* y sus elementos para después arribar en el objeto de estudio de la presente investigación, el cual es sobre el *compliance penal empresarial*. Una vez establecido lo anterior, en los siguientes capítulos podremos establecer los límites jurídicos que rigen esta materia en la actualidad en El Salvador.

A) DEFINICIÓN

De esta forma, el término *compliance* proviene de los países anglosajones [1], lo cual alude a una política cumplimiento normativo. QUINTERO SÁNCHEZ, lo define de la siguiente forma:

> "Se puede entender como la práctica voluntaria de las empresas a cumplir con los lineamientos jurídicos en un ambiente de cordialidad, donde en consonancia con el gobierno y las autoridades de busca un juego ganar-ganar"[2]

Por su parte, REYNA ALFARO lo define así:

[1] LOPEZ OLVERA, M., *Compliance*. Tirant lo Blanch, México, 2023. Pag. 15.; NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 1ª Ed., Madrid, Iustel, Madrid, pp. 215 y sgts. LOPEZ OLVERA considera que sobre el origen el autor considera que este término posee una amplia tradición en países anglosajones. Por otro lado, NIETO MARTIN aporta que el *compliance* se observa principalmente de la experiencia de EE.UU., así como de la italiana.

[2] QUINTERO SÁNCHEZ, A., "El compliance y la inversión extranjera a la luz del derecho internacional y als prácticas de las empresas transnacionales" en *Compliance*. Tirant lo Blanch, México, 2023, pág. 129.

> "Conjunto de medidas de organización empresarial destinadas a prevenir la aparición de riesgos jurídicamente relevantes orientando la actuación de los miembros a favor del cumplimiento de la juridicidad"3

De las anteriores definiciones, se puede mencionar que si bien dicha alusión en la realidad jurídica pudiera resultar innecesario, puesto que todas las personas debemos respeto a la Constitución y a las Leyes, en la actualidad por la economía cada más interrelacionada de la economía globalizada, se vuelve jurídicamente relevante la existencia del cumplimiento de dichos programas normativos en materias como corrupción, evasión fiscal, derecho administrativo, ética gubernamental, medioambiente e incluso derechos humanos[4].

Asimismo, si se habla del *compliance* en un contexto jurídico-económico se vuelve necesario tratar que el objeto de estos ocurre principalmente dentro de la operación de las empresas, las cuales en su desarrollo económico realizaban, en un principio, dichos programas de forma voluntaria pero que adquieren ahora un carácter obligatorio a través de diferentes instrumentos normativos que desarrollan los Estados. Dentro de estos se hace mención en El

[3] REYNA ALFARO, L., "Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados" en *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado,* Jurista Editores, Perú, pág. 463.

[4] LOPEZ OLVERA, *op. Cit. Pág. 15.* Por su parte, NIETO MARTIN, *op. Cit., pág. 217,* coloca el acento que estos se aplican principalmente en el contexto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una forma de aumentar el nivel de autorregulación y de establecimiento de mecanismos para evitar la realización de ilícitos penales. Aunque también concede que esta forma de cumplimientos normativos es una tropicalización del derecho americano a otras regiones, lo cual no sólo abarca el derecho penal, sino también otras como derecho del consumidor, la ley de mercado de valores, bancario, entre otros. En la misma línea, LARA MARTINEZ, A., RAMÍREZ MONJARAZ, R., "Compliance Administrativo desde el sistema nacional anticorrupción y la responsabilidad de las personas morales" en Tirant lo Blanch, México, 2023, pp. 49 y sigts. Considera que que también se ha considerado el compliance para diferentes materias del derecho, citando el derecho ambiental y tributario, así como la responsabilidad administrativa de los funcionarios provenientes de la Ley General de Responsabilidades Administrativas. Sobre el derecho tributario y el compliance, MELGAR MANZANILLA, P., "El cumplimiento (compliance) tributario, la planeación agresiva y la evasión. Más allá de la economía del crimen y de modelos de control interno de riesgos tributarios" en Tirant lo Blanch, México, 2023, pp. 114 y sigts. La autora establece que el compliance se puede aplicar como "mecanismo de control interno del contribuyente para evitar riesgos tributario s y los modelos tributarios por diseños se insertan dentro de los mecanismos para mejorar el cumplimiento cooperativo donde existe confianza basada en la razón". Sobre la relación de compliance y Derechos Humanos, LOPEZ OLVERA, M., "Derechos humanos y compliance" en *Compliance ,* Tirant lo Blanch, México, 2023, pp. 76 y siguientes. Este autor considera que los programas de cumplimiento son aplicables y sirven una función para prevenir cualquier violación a derechos humanos, así como para verificar riesgos a estos, así como prevenir cualquier acto de corrupción.

Salvador, lo cual más adelante se va a tratar, es el del Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos [5].

A lo anterior situación, se le conoce como "*enforced self regulation"* o autorregulación regulada[6]. Este término indica que el legislador de un determinado estado, en el caso de El Salvador como se verá más adelante es a través de un instructivo quien es dictado por la Fiscalía General de la República, establece que entes económicos, sea una persona jurídico o natural, establezcan un programa por el cual ellos mismos verifiquen y adopten voluntariamente normas de conductas encaminadas a evitar el cometimiento de cualquier ilícito por el cual se utilice a este ente como vehículo para realizarlo.

Cabe aclarar que esta autorregulación no supone la importación de una norma de un sistema anglosajón que resulte ajeno a nuestro sistema jurídico, sino más bien supone un mecanismo de cierre al control que se realiza sobre las actuaciones que se realizan dentro y afuera de las empresas encaminados a prevenir la comisión de ilícitos de cualquier naturaleza como se ha mencionado arriba[7].

B) CLASIFICACIÓN

Una vez establecido lo anterior, corresponde estudiar al *compliance* desde la óptica de cómo se puede clasificar. De esta forma, se puede estudiar esto desde los beneficios o ventajas para la persona que lo posee. Incluso, se considera que existen compliance que no necesariamente tenga una naturaleza normativa jurídica, sino basados en normas éticas o de convenciones sociales[8].

---

[5] Publicado en el Diario Oficial el veintisiete de octubre de dos mil veintiuno.

[6] NIETO MARTIN, *op. Cit., pag 217.;* CARDENAS GARCIA, J., "Interpretación y argumentación en la función jurisdiccional administrativa" en *Compliance,* Tirant lo Blanch, México, 2023, pág. 19. CARDENAS GARCIA lo denomina autorregulación empresarial. Asimismo, establece que esta autorregulación nace para "evitar o reducir que las empresas sean encontradas responsables por autoridades competentes por la comisión de delitos o de faltas administrativas".

[7] CASTANEIRA MARQUESZ, C., "Beneficios del compliance en la empresa" en *Compliance,* Tirant lo Blanch, México, 2023, pp. 39 y sigts. Este autor sostiene que mediante los programas de cumplimiento normativo sirven para prevenir el riesgo panel en una empresa tanto los que se puedan ocurrir en los grupos de gobierno societario como la asamblea de accionistas o el órgano de administración.

[8] SAAD- DINIZ, E., *Ética en los negocios y compliance. Entre la educación ejecutivo y la interpretación judicial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2020. PP. 137 y siguientes.

Por ello, basándonos en el criterio de FERNANDEZ LEÓN[9], este considera que desde el punto de vista de sus beneficios se clasifica de la siguiente forma:

i. PREVENTIVOS

Este tipo de *compliance* tiene por objeto que a través de la organización de la empresa se establezca un sistema que identifique, evite y mitigue el riesgo de cualquier responsabilidad penal de la empresa y las partes que la componen [10].

ii. FINANCIEROS

Por su parte, el *compliance* financiero tiene por objeto evitar cualquier daño financiero que pudiera ocurrir dentro de una empresa en las cuentas de pérdidas y ganancias[11]. Asimismo, el alcance de la misma está enfocada a la cuantificación económica que pudiera derivarse de sanciones económicas derivadas al incumplimiento de las diferentes normas jurídicas que regulan la empresa.

iii. DE ESTRATEGIA DE MERCADO

Este tipo de *compliance* dependerá en el contexto en que una empresa realice sus actividades comerciales, puesto que hay unos en donde los consumidores e inversores son receptores y sensibles al comportamiento ético y honesto de las empresas. Por ello, este tipo tiene por objeto mantener dichos estándares dentro de la organización a efecto de garantizar la sostenibilidad y la rentabilidad de las empresas [12].

iv. REPUTACIONALES

Uno de los elementos esenciales de una empresa es la reputación que incluso está compuesto como un elemento esencial de la empresa en El Salvador que se conoce como fama mercantil de acuerdo al artículo 557 del Código de Comercio[13]. De este modo, el *compliance* que se realiza gira entorno a que las empresas a la hora de realizar negocios y en todo tipo de

[9] FERNANDEZ LEON, O., "Los beneficios del compliance y la necesidad de su conocimiento por el empresario" en *Compliance,* Tirant lo blanch, Ciudad de México, 2019. PP. 55- y siguientes.
[10] FERNANDEZ LEON, O., *op. Cit.,* pág. 56.
[11] FERNANDEZ LEON, O., *op. Cit.,* pág. 57.
[12] FERNANDEZ, LEON, O., *op. Cit.,* pág. 58.
[13] Art. 557 del Código de Comercio. - Todo contrato celebrado sobre una empresa mercantil, que no exprese los elementos que de ella se han tenido en cuenta, comprende. II- La Clientela y la fama mercantil, en los términos del art. 563 de este código.

relaciones con sus clientes, proveedores, inversionistas y socios se hagan conforme a los principios y estándares éticos [14].

v. VINCULADOS A LA CULTURA CORPORATIVA

Este tipo de *compliance* se enmarca en torno al cumplimiento de un código de ética que debe aplicarse a todos las áreas de la organización, lo cual sus miembros deben adecuar su comportamiento a dichas normas a la hora de realizar sus actividades tanto dentro como fuera de la organización[15]. En otras palabras, se debe realizar una cultura corporativa basada en la ética dentro de las empresas lo cual coadyuve a una mejora de identificación de los empleados con el trabajo, atrae talentos y el compromiso de los empleados.

vi. MODULADORES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Por último, este tipo de *compliance*, que más adelante se tratará su regulación en El Salvador, es el que tiene por objeto evitar la responsabilidad penal que pudiera deducirse por conductas que realicen tanto dentro de la empresa como los actos externos que realicen los mismos que pudieran suponer una afectación a la entidad económica [16].

C) MODELOS DE COMPLIANCE

Como hemos señalado arriba, en la actualidad el *compliance* va más allá del mero cumplimiento normativo, lo cual en cierta manera hace la definición y conceptualización más difícil a la hora de abordarlo. No obstante, como se menciona arriba se ha desarrollado no solo una clasificación de las mismas conforme a los beneficios que tiene poseer adoptar un determinado tipo de *compliance*, sino que también desde el punto de vista organizativo existen modelos sobre los mismos, el cual es el objeto del presente apartado.

i. CUMPLIMIENTO NORMATIVO

[14] FERNANDEZ LEON, O., *op. Cit.,* pág. 59.

[15] REYNA ALFARO, L., "Implementación de los compliance programas y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados" en *Lavado de activos y compliance. Perspectiva Internacional y Derecho Comparado,* Jurista Editores, Lima, pp. 448 y siguientes; *FERNANDEZ* LEON, O., *op. Cit.,* pág. 60.

[16] FERNANDEZ LEON, O., *op. Cit.,* pág. 61.; NIETO MARTIN, A., *op. Cit.,* pág. 191. Para NIETO MARTÍN, los programas de cumplimiento que tiene por objeto evitar la responsabilidad penal dentro de la empresa deben tratar concretamente "una clase de delitos y estos han de determinarse por la empresa teniendo en cuenta aquellas infracciones cuya comisión resulta más probable teniendo en cuenta su actividad".

Desde el punto de vista de las organizaciones empresariales, la empresa está vinculada a una serie de leyes de forma general como aquellas específicas de acuerdo con el rubro económico en que estas se encuentran desarrollando su actividad económica. Y por consiguiente, las empresas se enfrentan a las consecuencias jurídicas ante el incumplimiento de alguna norma dentro del ordenamiento jurídico.

Por ello, dentro de las organizaciones se establecen en sus organigramas departamentos, unidades o se designa a un profesional a efecto de que las normas jurídicas que estén vinculadas con la empresa estén conforme a derecho [17].

Para SÁNCHEZ-MACÍAS[18], este tipo de modelo se limita al cumplimiento de las normas jurídicas dentro de la organización, sin mucha vinculación a algún estándar ético que pueda imponerse la organización.

ii. CUMPLIMIENTO SISTEMÁTICO

En la actualidad, este sistema es el más frecuente de entre los tres modelos [19]. Este modelo utiliza una serie de procedimientos e instrumentos, tomando como referencia los distintos sistemas de gestión que se realizan dentro de la estructura organizacional de una empresa [20].

iii. COMPLIANCE INTEGRAL

Este sistema de compliance se fundamenta desde los valores que genera una organización como una empresa y la gestión sobre ella[21]. De esta forma, este tipo de compliance observa cuáles son las preocupaciones y exigencias éticas de una sociedad que pide transparencia, rendición de cuentas, sostenibilidad ambiental y responsabilidad social por parte de las organizaciones empresariales.

Por ello, este tipo de compliance tiene por objeto gestionar el riesgo que pueden incurrir dentro y afuera de la organización empresarial y la conducta ética que debe mantenerse

[17] SANCHEZ-MACÍAS, J., RODRÍGUEZ-LOPEZ, F., "Estudio Preliminar" en *Tratado Angloiberoamericano sobre compliance penal*¸ Tirant lo Blanc, Valencia, 2021, pp. 27 y siguientes.
[18] Vid. SÁNCHEZ-MACÍAS, J., RODRÍGUEZ-LOPEZ, F., *op. Cit.,* pág. 38.
[19] Idem.
[20] Idem.
[21] Idem. Pág. 39.

dentro de la organización, coadyuvando a la formación de una estrategia empresarial que retome estas preocupaciones arriba señaladas[22].

iv. MODELO PUESTO EN VIGENCIA EN EL SALVADOR

En El Salvador, el modelo que se encuentra actualmente en vigencia es el de cumplimiento normativo. Aunque el cumplimiento normativo actualmente se limita a la observancia estrictamente penal.

En otras palabras, que la única que tiene relevancia jurídica se limita a la materia penal, aunque como hemos visto habrá algunas empresas que puedan adoptar un modelo mucho más amplio que no necesariamente se circunscriba a un cumplimiento normativo. Esto se observa a partir del andamiaje jurídico que se ha construido desde el punto de vista del Estado:

- Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos
- Ley Especial contra Actos de Terrorismo
- Instructivo para la prevención, detención y control del lavado de dinero y de activos, financiación del terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva[23].

Las dos primeras normas que se consideran leyes en sentido formal al haber pasado por todo el proceso de formación prescrito por la Constitución de El Salvador. Por otro lado, la segunda fue emitido por la Unidad de Investigación Financiera de Fiscalía General de la República.

Respecto de la última, la FGR de conformidad con el artículo 72 numeral 7) de la Ley Orgánica de la Fiscalía de la República "*debe impartir instrucciones que ayuden a los sujetos obligados en la detección de conductas de los usuarios y clientes que realicen actividades o transacciones sospechosas de lavados de activos, financiación del terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva*" [24].

[22] Idem. Pág. 40
[23] Acuerdo 380 de la fiscalía general de la República. Publicado en el Diario Oficial el 27 de octubre de dos mil veintiuno. PP- 171 y siguientes.
[24] De conformidad con el considerando vii del Instructivo.

En dicho instructivo, en su artículo 5 establecen que todos los sujetos obligados de las leyes arriba mencionados deben adoptar "políticas que orienten la actuación, empleados, subcontratados y demás colaboradores, en toda las actividades que desarrolle el sujeto obligado, para que, con su aplicación, se fortalezca la cultura de prevención del LDA/FT/FPADM que permita el control, detección de operaciones inusuales y reporte de operaciones sospechosas, a través de la aplicación del enfoque basado en riesgos, de acuerdo con las mejores prácticas y estándares internacionales".

Por ello, con base en lo anterior se permite desprender que a estas alturas el *compliance* en El Salvador se limita a la identificación y detección de aquellas operaciones que pudieran causar un delito, estableciendo un sistema de avisos y reportes hacia la Unidad de Investigación Financiera que pudieran causar hechos delictivos. Esta situación coincide con el modelo normativo, tomando elementos del sistemático por la adopción de elementos que van a formar parte de la estrategia empresarial por el cumplimiento que se debe de hacer conforme a dicho instructivo.

D) FUNCIÓN

1.2. ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

Antes de entrar a los elementos que componen un programa de *compliance*, es necesario aclarar la diferencia entre *compliance* y programa de *compliance*, siendo la primera la vinculación de una entidad a los estándares normativos mientras la segunda se refiere al método para vincularse a dichas normas [25]. En otras palabras, una es el cumplimiento mientras el otro el método para hacerlo cumplir.

Asimismo, por su misma metodología se abordan puntos de interacción con otras áreas de la organización como puede ser la economía, ingeniería e incluso la sociología jurídica [26].

a) Compromiso de alta administración con un programa de cumplimiento
b) Política de cumplimiento normativo procedimiento interno para cumplirla
c) Matriz de riesgos

[25] Vid. SAAD- DINIZ, E., *op. Cit.,* pág. 137. Este autor establece la problemática que supone diferenciar *compliance* de programa de compliance por la diversa cantidad de jurisdicciones que responden a sus propias culturas jurídicas y de organización donde se implementan estas.
[26] Idem.

d) CÓDIGO DE ÉTICA

Dentro de los programas de cumplimiento, se encuentra la implementación de un código de ética a efecto de que se contenga la forma de comportamiento tanto de directivos y empleado y mecanismos de sanción, e incluso la identidad corporativa de la empresa[27].

De esta forma, cuando se establecen códigos de ética como parte de un programa compliance se establecen la forma de cómo van a realizarse las actividades dentro de la empresa, estableciendo procedimientos a efecto de mejorar las tomas de decisión [28]

e) Gestión de Riesgos
f) Due Diligence de clientes

El *due diligence* o debida diligencia si bien no es un término exclusivo del tema del compliance resulta aplicable y pertinente debido a que tiene por objeto evitar y detectar situaciones que pueden poner en riesgo a la empresa.

Y de esta misma forma, el instructivo UIF en el CAPÍTULO III denominado MEDIDAS DE DEBIDA DILIGENCIA DE LOS SUJETOS OBLIGADOS establece que todos los sujetos obligados deberán determinar y evaluar el riesgo de las relaciones tanto con sus clientes o contrapartes, conforme al artículo 10 de dicha norma.

Para ello establece una serie de medidas que se pueden implementar a la hora de realizar la debida diligencia que a efecto se exponen:

1) Debida diligencia estándar (art. 12)
2) Debida diligencia intensificada (art. 13)
3) Debida diligencia simplificada (art. 14)
4) Debida diligencia intensificada para contrapartes, clientes y usuarios con transacción con países de mayor riesgo (art. 15)
5) Debida diligencia intensificada para personas expuestas políticamente (art. 18)

Respecto de la última, el instructivo da un tratamiento especial a aquellas personas que realizan o han realizado funciones públicas tanto en el país como en el extranjero de acuerdo

[27] Vid. SAAD-DINIZ, E., *op. Cit.,* pág. 171
[28] Vid. SAAD-DINIZ, E., *op. cit.,* pág. 173

con el artículo 16 del citado cuerpo normativo, así como también los extranjeros, art. 17 del citado cuerpo normativo.

Ahora bien, en ese capítulo también el instructivo es enfático que no pueden existir clientes o contrapartes anónimas, sino que se tiene que mantener una lista normativa de cada uno de ellos.

Por coherencia de todo lo anterior, también en la debida diligencia se establece en el artículo 23 una política y procedimientos de actualización de los clientes o contrapartes bajo ciertos criterios cuya naturaleza misma de la información pudieran sufrir variaciones relacionados como la actividad económica, origen de los fondos, composición accionaria, dirección, teléfono.

g) CAPACITACIÓN

Dentro del programa de cumplimiento, se debe de establecer mecanismos dirigidos a capacitar a toda la organización, incluso a los proveedores [29]:

"(i) los directores, gerentes, empleados y agentes deben recibir capacitación apropiada sobre el programa; y (ii) cuando sea apropiado, los contratistas y proveedores deben recibir capacitación sobre el programa; y (ii) cuando sea apropiado, los contratistas y proveedores deben recibir capacitación sobre el programa".

Bajo esta óptica, el artículo 54 del Instructivo UIF establece que el Oficial de Cumplimiento, como se señalara más adelante, tiene dentro de sus funciones la elaboración de un plan de formación anual el cual debe ser aprobado por el máximo órgano de gobierno de la persona jurídica cada treinta y uno de diciembre de cada año para su aplicación.

Según siempre dicha norma, este plan de capacitación está dirigido a todos los empleados e incluso, a diferencia de lo que aparece en la doctrina, tiene que ser tomado incluso por el personal subcontratado al menos una vez al año.

El contenido de los que se debe cumplir anualmente tendrá por objetivo crear una cultura corporativa de prevención y detección de operaciones inusuales y reporte de operaciones sospechosas que puedan estar vinculadas al lavado de dinero y de activos, financiación del

[29] Idem.

terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva, así como de los mecanismos para su detección, como conoce a su cliente, y la administración de la información.

Otro punto importante a destacar es que con el artículo 55 de dicho instructivo también el área de recursos humanos de los sujetos obligados colaborarán con el Oficial de Cumplimiento a efecto de que deberán haber un programa de inducción a los empleados y subempleados a efecto de que conozcan todo lo relativo a los delitos vinculados al lavado de dinero, financiación del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción masiva, pudiendo realizar incluso un examen de valoración de conocimientos sobre las políticas que se adopten sobre la temática y los procedimientos para la prevención, control, detección de operaciones inusuales.

h) FUNCIONES DEL OFICIAL O ENCARGADO DE CUMPLIMIENTO

Las funciones del oficial o encargado de cumplimiento se debe partir por la persona encargada bajo dicho cargo que es el "encargado de impulsar y ejecutar- por mandato del órgano de administración o dirección de la persona jurídica-, las políticas derivadas del previo programa de prevención de riesgos penales, cuya función principal es la de evitar la imputación penal de la persona jurídica"[30]. Ahora bien, se debe dejar claro que los alcances y límites que puede realizar esta persona o el órgano que se cree dentro de la organización dependerá del tipo de organización e incluso del mercado en que e desarrolle la actividad económica [31].

En esencia, esta figura tiene por función principal de vigilancia y cumplimiento de la normativa a efecto de detectar aquellas situaciones riesgo que pudieran causar un riesgo penal para la empresa. En otras palabras, el oficial de cumplimiento tiene por función mantener una supervisión sobre todas aquellas actividades que se realizan dentro de la organización de una empresa y que se apliquen aquellas normas que tengan por objeto evitar que dentro de la empresa o hacia fuera pudieran actos delictivos.

[30] Vid. SAURA ALBERDI, B., "El órgano de cumplimiento (compliance officer)" en *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, tirant lo blanch, Valencia, 2021. PP. 415 y siguientes.
[31] Vid. Idem.

Así, se debe aclarar que este tipo de persona tiene una función clara el cuál es "la de supervisión, vigilancia y control de los riesgos penales que afectan a la concreta persona jurídica" [32].

De esta forma, las personas que ostentan estos puestos son responsables que los planes y programas de cumplimiento para evitar los riesgos penales dentro de la empresa y de parte de ella sean cumplidas lo cual le dota como establece LIÑAN FUENTES "de poderes concretos y autónomos de iniciativa y control"[33]. Entonces, este deberá realizar las tres etapas para la implementación de los programas de cumplimiento: diseño, implementación y control y seguimiento [34].

La primera fase parte del establecimiento de esta posición dentro de la organización de la empresa, para, posteriormente, realizar una identificación de aquellos riesgos en materia penal que pudieran vincularse con la persona jurídica [35].

Una vez realizado identificado lo anterior, la segunda fase, tiene por objeto la implementación dentro de la empresa, lo cual conlleva asignar roles, tareas específicas de control y de canalización de la información hacia este desde las otras áreas de la organización. Esto conlleva que una vez implementado, se genera constancias de la que la empresa ante un posible hecho delictivo pueda identificarlo y prevenirlo a tiempo [36].

Y por último, el oficial de cumplimiento deberá supervisar que todo el sistema implementado de control se esté cumpliendo a efecto de contener cualquier riesgo penal. Para LIÑAN FUENTES, el oficial tiene un papel importante puesto que no solo es supervisar el sistema sino también acciones directas para contener y evitar los riesgos penales que se pudieran contener, informando a los órganos de los hechos ilícitos para que puedan tomar las decisiones adecuadas [37].

---

[32] Vid. LIÑAN LAFUENTE, A., "El oficial de cumplimiento: su responsabilidad penal" *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. PP. 157 y siguientes.
[33] Vid. Idem.
[34] Vid. Idem.
[35] Vid. Idem.
[36] Vid. Idem.
[37] Vid. Idem.

Ahora bien, para el Instructivo de la UIF en su artículo 63 y siguientes los sujetos obligados por la Superintendencia del Sistema Financiero deben tener en su organización a un Oficial de Cumplimiento quienes dependerá del órgano de dirección de mayor jerarquía, el cual se desempeñará con independencia y autonomía. Para dicho cargo, el instructivo establece un registro de nombramiento de los titulares y suplentes del Oficial de Cumplimiento.

Respecto de sus funciones, del artículo 67 de dicho instructivo se observa que el Oficial de Cumplimiento debe realizar las tres fases arriba mencionadas. Es decir, tiene las funciones de identificar y realizar una política de cumplimiento basado en riesgo encaminado a detectar operaciones inusuales y el reporte de operaciones sospechosas, como la del art. 67 letra a), capacitación, artículo 67 letra k), y analizar y detectar los casos de operaciones detectadas bajo su cargo a través de los controles y procedimientos implementados, estableciendo su procedencia para elaborar el reporte de operación sospechosa, artículo 67 letra h); todos del instructivo.

i) LA DEFINICIÓN DE LOS ELEMENTOS EN RELACIÓN CON LA SITUACIÓN, TAMAÑO, GIRO, NIVEL DE INGRESOS Y COMPLEJIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA.

Aquí cabe mencionar que nos estamos refiriendo según la doctrina a elementos propios de la responsabilidad de las personas jurídicas, que tiene que ver con la capacidad instalada, económica y de tributación como lo define el Articulo 23 de la Código Tributario, entre pequeño contribuyente, mediano contribuyente, y otros contribuyentes[38] estos con el fin de tener o no, un programa de compliance.

1.3. EL COMPLIANCE PENAL EMPRESARIAL

Una vez planteado lo anterior, se abordará en el presente apartado sobre el compliance en materia penal. Para ello, se expondrá sobre los temas principales que se discuten en la dogmática penal haciendo un énfasis a aquello que resulta pertinente para el derecho nacional.

[38] Comunicado de Ministerio de Hacienda, 700-DGII-IF-2018-20650

a) RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA

a.1 DELITOS IMPUTABLES A LA PERSONA JURÍDICA

Una de las críticas más razonables contra la responsabilidad penal colectiva es que implica normalmente un deterioro del derecho penal individual. En el mundo anglosajón se ha constatado como en muchas áreas la responsabilidad individual ha perdido importancia, al ser suplantada por la responsabilidad colectiva. Las cifras son significativas: en la mitad de los procesos del derecho penal de la empresa, la única procesada es la persona jurídica.

Esta objeción nos pone sobre la pista del sentido y la utilidad de este tipo de responsabilidad: La responsabilidad de personas jurídicas tiene como finalidad incrementar la eficacia del derecho penal y la responsabilidad individual. No viene a sustituir a la responsabilidad individual, sino a hacerla más efectiva. Aunque sólo sea por esta razón, me parece acertado recordar que "responsabilidad de las personas jurídicas" no excluye, en ningún caso, la de las personas físicas.

Esto viene reforzar lo que el Maestro Adán Nieto Marín dice sobre este tema "la responsabilidad colectiva sirve para reforzar la individual porque su finalidad es que las personas jurídicas adopten medidas de organización que impidan la realización de hechos delictivos, y, en su caso, permitan su esclarecimiento y denuncia a las autoridades públicas. La eficacia de este *self policing (autocontrol empresarial)* descansa sobre una constatación empírica que nadie discute: la empresa se encuentra en mejores condiciones que el Estado para controlar el comportamiento de sus agentes.[39]

Bajo estas premisas importantes podemos establecer y estar de acuerdo con lo siguiente:

La respuesta más usual cuando se inquiere acerca de la necesidad de responsabilidad penal de los entes colectivos es aquella que señala que el derecho penal individual tiene un serio déficit de eficacia ante comportamientos delictivos acaecidos en el seno de una organización, que afectaría tanto al proceso de adscripción de responsabilidad individual, como a los efectos preventivos de la sanción. De modo complementario se indica igualmente que el

[39] NIETO MARTIN, "La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, esquema de un modelo de responsabilidad" Iustel. Madrid. 2008.

delito de empresa es un delito estructural[40] en el sentido que la existencia de una corporación implica que aparezcan conductas desviadas por parte de sus empleados.

a.2 LOS DELITOS DE LA EMPRESA VERSUS LOS DELITOS EN LA EMPRESA

Una vez dichas algunas líneas con respecto a los delitos imputables a la empresa vemos una diferencia entre los delitos de la empresa y los en la empresa, para eso débenos señalar lo siguiente.

Las personas jurídicas constituyen, al día de hoy, el grupo más nutrido, importante y poderoso de los actores económicos. La cada vez mayor exigencia de acumulación de capitales y recursos para realizar actividades económicas lleva necesariamente a que éstos se agrupen a través de la constitución de numerosas y cada vez más grandes y complejas entidades colectivas.

Actividades tales como la energética, la financiera, la química o la farmacéutica, entre otras muchas, serían difícilmente realizables en el mundo actual de no mediar la utilización de este tipo de entidades, hecho que las convierte en agentes esenciales de la economía no sólo nacional sino mundial, pero también les otorga el papel de titulares y responsables de muchos de los más importantes focos de grandes riesgos de las sociedades postindustriales.[41]

Parece innegable que riesgos como los medioambientales, los relativos a la salud pública, los referidos a la energía atómica o incluso la mayoría de los que pueden llegar a poner en jaque a grandes e importantes sectores del sistema económico actual (sistema financiero, bolsa, etc.) proceden de actividades realizadas por personas jurídicas, circunstancia que llevó hace ya algún tiempo a Schünemann a afirmar que el Derecho penal estaba obligado a dar una respuesta preventiva adecuada a su existencia e importancia, dejando a un lado los posibles problemas técnico-dogmáticos que la implantación de dicha respuesta le pudiese plantear, ya

[40] Idem.

[41] HEINE, Günter: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehemen, Von individuallen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlenwircklungen inbesodnere bei Grossrisiken. Ed. Nomos. Baden Baden, 1995._____ "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", en Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas. Ed. Aranzadi. Cizur Menor(Navarra), 2006

que existiría un verdadero estado de necesidad político-criminal que justificaría tal sacrificio.[42]

b) COMPLIANCE PENAL

a. ESTÁNDARES DEL COMPLIANCE PENAL.

b. DERECHO COMPARADO SOBRE NORMATIVA DE REGULACIÓN EN COMPLIANCE PENAL

i. ESPAÑA

En España, en 2015 mediante la reforma a la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por medio de la Ley Orgánica 1/2015 del 30 de marzo se establece una regulación especial que contiene cuál es el contenido de un programa de compliance cuyo objeto sea la prevención del delito, estableciendo también los casos en que las personas jurídicas pudieran ser eximidos de responsabilidad penal aun cuando hubiera funcionarios que dentro de su organización pudieran cometer un delito [43].

Para contextualizar, en el 2010 se implementó mediante una reforma al Código Penal que las personas jurídicas pueden ser responsables de cometer delitos, pero que no contenía suficientes normas procesales suficientes para poder hacerlas operativas. Es hasta la reforma de 2015 que finalmente se supera dicho obstáculo.

Así de esta forma, realmente se implanta en España un sistema de compliance de carácter legal a efecto de detectar posibles ilícitos que se pudiera cometer dentro de la empresa.

---

[42] SCHÜNEMANN, Benard: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht- Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte nach geldentem und replanten Straf- und Ordnungswiedrigkeitenrecht,* Ed. Heymnann. Köln, 1979. "Strafdogmatische und Kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität". Wistra 2, 1982, traducido publicado en español bajo el título"Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidadde empresa" 1988.

[43] NEIRA PENA, A., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., "España" en en *Tratado Angloiberoamericano sobre compliance penal*¸ Tirant lo Blanc, Valencia, 2021, pp. 433 y siguientes. Los autores señalan que en el 2010 se introdujo una reforma al Código Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010 de 23 de junio mediante el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero que a opinión de dichos juristas no contaba con normas procesales que pudieran hacer operante dicha reforma, la cual finalmente ocurrió en el 2015.

Por ello, con esta norma se establece el contenido mínimo que debe tener este sistema lo cual implica la identificación de actividades donde se podrían realizar delitos, mediante el establecimiento de normas orientadas a prevenir delitos dentro de la gestión de los recursos financieros de la empresa conforme al artículo 31 bis 5.1.° del Código Penal español.

Asimismo, establece que deberá contar con una estructura de organización que tenga por misión la prevención de delitos mediante normas, controles y protocolos conforme al artículo 31 bis 5.2°. Para ello, se deberá implementar un sistema de alerta que detección derivada de incumplimientos procedimentales[44], entre otros.

En atención de los dos puntos arriba señalados, uno de los requerimientos básicos que deben contemplar un programa de compliance se centra en el establecimiento de un canal de denunciar que permita informar de riesgos e incumplimientos que pudieran derivar en delitos, conforme al artículo 31 bis. 5.4° del Código Penal Español

ii. COLOMBIA

En Colombia, el compliance y sus consecuencias jurídicas relevantes están regulada principalmente por las siguientes normas [45]:

": (i) el Código Penal (Ley Núm. 599 del 2000) y el Código de Procedimiento Penal (Ley Núm. 906 de 2004); (ii) la normativa disciplinaria, referente a las obligaciones y sanciones aplicables a los servidores públicos y a los privados que ejecuten funciones públicas; (iii) políticas públicas adoptadas en instrumentos vinculantes;96 (iv) regulaciones y políticas recogidas por algunas normas no vinculantes, expedidas por diferentes autoridades locales; y (v) estatutos independientes (como aquel contemplado en la Ley Núm. 1474 de 2011, el "Estatuto Anticorrupción") y algunas previsiones específicas que aplican a sectores particulares (tal y como lo son las prohibiciones establecidas para el sector salud)"

Principalmente, Colombia establece como se ha señalado arriba una serie de normas destinadas a prevenir los riesgos de lavado de activos y la financiación del terrorismo. Así, unas están enfocadas a la tipificación penal de conductas delictivas y las otras son una serie

[44] Ídem.
[45] FRADIQUE-MÉNDEZ, C., RODRÍGUEZ, A., KURE, C., "Publicación sobre el desarrollo de la práctica de compliance en Latinoamérica. Capítulo Colombia" en *Práctica de Compliance en Latinoamérica. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras*. Autores Editores.

de normas y régimen sancionatorio relacionado con la gestión de prevenir los relacionados a estas.

De esta forma, existe un delito de Lavado de Activos tipificado en el artículo 323 del Código Penal colombiano y otra Financiación del Terrorismo tipificado en el artículo 345 del citado cuerpo normativo. Asimismo, también se encuentran tipificados 53 delitos conocidos como de "fuente de lavado de activos"[46].

Por otro lado, existen una serie de atribuciones de las autoridades públicas que deben implementar el sistema de administración y gestión del riesgo del lavado de activos y financiación al terrorismo, entre las cuales se encuentran las siguientes instituciones:

- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales: Circular Externa 0170 del 2002
- Superintendencia de Sociedades: Circular Externa 100-000005 de 2014
- Superintendencia de la Economía Solidaria: Circular Extera 006 del 25 de marzo de 2014
- Sistema Financiero: Circular básica jurídica del Sistema Financiero, circular externa 029 de 2014
- Unidad de Información y Análisis Financiero

Los principales entes de control sobre el lavado de dinero y financiación al terrorismo recaen sobre la fiscalía general de la Nación, Unidad de Información y Análisis Financiero y las distintas superintendencias arriba relacionadas.

Derivado del conjunto de normas y de estos sistemas que se han implementado, las empresas deben establecer mecanismos para prevenir cualquier riesgo que pudiera surgir, lo cual implica para las personas directamente responsable por el delito de lavado de dinero o del financiación del terrorismo se pueden enfrentar a para el primero a 30 años de cárcel y una multa de hasta 50,000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y para el segundo una pena de prisión de 22 años y 15,000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Asimismo, para aquellas personas que estando en la obligación de informar de las operaciones sospechosas sean omisos en denunciar a las autoridades correspondientes se ha

[46] Ídem. Pág. 100.

prescrito el artículo 325 del Código Penal tipificado como omisión de control lo cual puede suponer penas de hasta 10 años de cárcel y una multa de 15,000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

c. UTILIDAD DE LOS PLANES DE CUMPLIMIENTO

i. COMO INSTRUMENTO PARA LA EXONERACIÓN O ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Como se ha señalado, en otras legislaciones como la española se ha otorgado una exención de la responsabilidad penal a aquellas personas jurídicas que cumplan con ciertas condiciones enfocadas a adaptar dentro de su organización con aquellos instrumentos que permitan prevenir hechos delictivos, así como la identificación del puesto que pudiera realizarlos [47].

De forma específica, la doctora FARALDO CABANA ha señalado que la exención de responsabilidad requiere de las siguientes condiciones que observa del Código Penal Español:

" 1ª. 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° 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; 3ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4ª no se ha producido una omisión o un ejercicio suficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª (art. 31 bis 2 CP)"[48].

[47] FARALDO CABANA, P., "Los Compliance Programas y la atenuación de la responsabilidad penal" en *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. PP. 157 y siguientes.
[48] Idem.

El objeto de establecer una atenuante para las personas jurídicas es que se fomente la cultura de los programas de cumplimiento dentro de las personas jurídica, debido a que como ocurre en el caso español no existe algún tipo de delito por no contra dentro de las organizaciones empresariales dichos programas[49]. A diferencia de El Salvador, no existe todavía ningún tipo de delito que se le puedan atribuir a las personas jurídicas como tal, por lo cual por el momento esta discusión se limita a lo estrictamente del Derecho Comparado como tratamos en el caso de España.

Siguiendo lo anterior, en el Código Penal español las primeras tres se aluden a atenuantes de carácter general de admisión de la responsabilidad y reparación del daño[50] y respecto de la cuarta condición arriba señalada se refiere a la prevención o reducción de posibles futuros delitos. En el último caso, se refiere a que se haya demostrado coherentemente que la implementación de programas de compliance penal haya servido efectivamente para una reducción real o potencial de reducción de los delitos que pudieran realizar las personas jurídicas.

ii. Como instrumento para diseñar programas de clemencia o delación compensada
iii. Como elemento de prueba del cumplimiento de los estándares establecidos.

d. RESPONSABILIDAD PENAL DENTRO DE LA EMPRESA

i. DEL ADMINISTRADOR

En el caso de la responsabilidad de la empresa, se debe partir de que los delitos se realizan por personas físicas quienes ostentan una posición de dirección [51]. Principalmente, se establece que quienes pueden cometer delitos dentro de una persona jurídica son dos:

[49] Idem.
[50] Idem.
[51] RUÍZ-MATEOS, SERGIO DE LA HERRÁN, "La responsabilidad penal del administrador societario por infracción del deber de control ante la usencia de compliance penal" en *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 129-152.

> "a) Sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) Quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control".

De lo anterior, se desprende que existen dos tipos de personas de las que se puede individualizar responsabilidad penal por el cumplimiento de hechos delictivos. El primero, se refiere a aquellas personas que ostentan un cargo de dirección sean como representante legal o como miembro de un órgano de la administración de la sociedad, como son las juntas directivas.

El segundo grupo, se refiere a aquellas personas que como veremos en el siguiente apartado se refieren a los oficiales de cumplimiento, los cuales por medio de sus funciones pueden detectar y realizar un seguimiento de aquellas operaciones sospechosas e informar a la UIF.

En el caso de los que ostentan la representación legal o pertenecen a un cargo de organización y control de la sociedad, el primer requisito de acuerdo con la dogmática penal para identificar si se ha realizado un delito por la empresa es si los actos realizados por estas personas que ostentan dicha calidad lo han realizado en nombre de la sociedad [52]. Esto se concretiza cuando existe "una habilitación formal que capacite a la persono física para desempeñar dichas acciones comprometiendo al ente corporativo" [53].

El segundo requisito, ordena que de la actuación realizada por la persona natural sea para beneficio directo o indirecto de la persona jurídica [54]. Para la jurisprudencia español referente a eso basta que de dicho beneficio sea cualquier ventaja que suponga un lucro o incluso la supervivencia de esta [55].

[52] Idem.
[53] Idem.
[54] Idem.
[55] Sentencia del Tribunal Supremo Español bajo referencia 254/2016: "Hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto a otros

Ahora bien, en El Salvador si bien las personas jurídicas no están sujetas a cometer delitos por la estructura personalista del Código Penal, dentro de la misma norma en su artículo 38 inciso segundo que también se relaciona con el artículo 15 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos establece que pueden incurrir en responsabilidad civil subsidiaria especial.

Por otro lado, para determinar la responsabilidad que pueden cometer los representantes legales o las personas que conforman el órgano de administración o dirección de una empresa se debe partir por aquello que no constituye ningún tipo de responsabilidad penal, lo cual artículo 26-A de la Ley Contra el Lavado de dinero y de Activos establece que estos "por el hecho de remitir a la Unidad de Investigación Financiera los reportes establecidos o cualquier que ésta se le requiera; así como por realizar los actos en cumplimiento con lo que establece dicha normativa no incurrirá en responsabilidad penal.

Lo que sí puede ser constitutivo de responsabilidad penal para los administradores aparte de si estos se encuentran dentro del artículo 4 de la Ley Contra Lavado de Dinero y Activos es lo que se encuentra como dentro de los casos especiales de encubrimiento del artículo 7, cualquiera de estas. Aclarando que también se le puede acusar a estos por ser autor directo del delito de lavado de dinero.

ii. DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO Y DEL ENCARGADO DE CUMPLIMIENTO

Respecto a la responsabilidad penal que pudieran incurrir estos, se ha señalado que el artículo 7 y 15 de la Ley contra el lavado de dinero y de activos establece como casos especiales del delito de encubrimiento a aquellos en su letra b del artículo 15 de dicha norma que se considera encubridor "los que sin concierto previo con los autores o partícipes ayudaren a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta.

iii. POSIBILIDADES DE EXONERACIÓN

competidores, etc., provechosa para el lucro o la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete".

En aquellos países donde se ha incorporado la RPPJ se han venido incorporando clausulas legislativas que proporcionan significación a la introducción efectiva de programas de cumplimiento normativo, sea de cara a la posible atenuación de responsabilidad penal de la empresa, sea de cara a la exclusión de responsabilidad de los mismos Esta cuestión cobra especial interés en el contexto de la discusión española respecto a los alcances del articulo 31 bis del CP español. Este dispositivo, reconoce efectos atenuantes de la RPPJ cuando la persona jurídica haya implementado, previo al inicio del juicio oral, de "medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona juridica". Esta clausula plantea una serie de cuestiones problemáticas que conviene identificar y que tienen que ver con las limitaciones que establece el mencionado articulo 31 bis del CP español al restringir la aplicacion de la atenuante a los casos en que la implementación de los programas de cumplimiento normativo sea realizada "con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales".

La primera cuestión trascendente asociada al contenido del mencionado artículo 31bis del CP español tiene que ver con los efectos de la implementación de programas de cumplimiento normativo antes de la realización del hecho punible objeto de procesamiento penal.

En efecto, en la medida que el texto legal establece efectos Compliance programs con posterioridad a la comision del delito se discute si es posible proponer efectos eximentes de RPPJ en aquellos casos en los que los programas de cumplimiento normativo fueron implementados antes de la comision del delito.[56]

Esta posición, por cierto, parece tener cada vez mayores niveles de aceptación en la medida que existe una predisposición de la doctrina por relacionar la RPPJ con el compliance y se observan esbozos de estructuración de una teoría del delito de las personas juridicas en las que el compliance se propone como elemento delimitador del injusto o como el factor determinante de la culpabilidad de la persona jurídica.

[56] BACIGALUPO, SILVINA. Guía práctica de autodiagnóstico y reporting en cumplimiento normativo, buen gobierno corporativo y prevención de la corrupción : hacia una cultura empresarial de cumplimiento: nuevos retos para la empresa del siglo XXI. Madrid Transparency International España, 2017

Sobre esto último, es notoria la vinculacion –al menos parcial- al modelo de culpabilidad empresarial por defectos de organizacion que propician que no haya sido posible generar una cultura empresarial[57] que permita implementar los debidos controles dentro de los diversos niveles de la empresa y que sirva como contención eficaz de la criminalidad económica[58] una posicion de este tipo tiene en el caso español sustento normativo debido a la referencia hecha en el parrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 bis del CP español de que el delito se haya cometido "por no haberse ejercido sobre ellos –los agentes de la persona jurídica- el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso" La imposición de una pena contra la persona jurídica se encontrará plenamente justificada -desde esta visión de la culpabilidad de empresa- no solo cuando la persona jurídica carece de un sistema de prevención de riesgos sino cuando habiendo sido adoptado no se ha implementado suficientemente. La vigencia efectiva del programa de cumplimiento, como indica Gómez-Jara, "simboliza una disposición jurídica determina, una cultura de cumplimiento de la legalidad. Dicha cultura representa el compromiso férreo de una persona jurídica de ser miembro responsable de nuestra sociedad, o, expresado de otra manera, el compromiso de cumplir con las obligaciones derivadas de ser un buen ciudadano corporativo"[59]

[57] GOMEZ- JARA DIEZ, CARLOS: "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Bajo Fernández, Miguel- Feijoo Sánchez, Bernardo- Gómez Jara Diez, Carlos, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Madrid:

[58] BACIGALUPO, SILVINA. Guía práctica de autodiagnóstico y reporting en cumplimiento normativo, buen gobierno corporativo y prevención de la corrupción : hacia una cultura empresarial de cumplimiento: nuevos retos para la empresa del siglo XXI. Madrid Transparency International España, 2017.

[59] COCA VILA, IVO: "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?", en Silva Sánchez, Jesús María (director), Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas, Atelier, 2013,

CAPITULO II

MARCO NORMATIVO DE LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE Y OTROS PARA LA PREVENCION DEL LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS.

Sumario: 2.1. Normativa Internacional. 2.2. Normativa Nacional. 2.3 Estándares de Reconocimiento Internacional.

En el presente capitulo se desarrollan los aspectos regulatorios sobre el lavado de Dinero y Activos, en tanto su prevención, como su control y represión.

1. ANTECEDENTES INMEDIATOS A LA REGULACIÓN DEL SURGIMIENTO DE LAVADO DE DINERO.

La expresión lavado de dinero empezó a utilizarse a principios del siglo XX para denominar las operaciones que de alguna manera intentan dar carácter legal a los fondos producto de operaciones ilícitas, para facilitar su ingreso al flujo monetario de una economía. La historia del lavado de activos se remonta a la Edad Media, cuando la usura fue declarada delito, la Iglesia prohibía los préstamos con intereses y era un delito severamente castigado, por lo que se aplicaban castigos espirituales, negación de sepultura en tierra santa, o la excomunión y los mercaderes y banqueros. El lavado de dinero consiste en el procesamiento de activos procedentes de actividades delictivas para encubrir su origen ilegal. El financiamiento del terrorismo capta fondos para llevar a cabo actividades terroristas. La palabra lavado, tiene su origen en Estados Unidos en los años 20, momento en que las mafias norteamericanas crearon una red de lavanderías para esconder la procedencia ilícita del dinero conseguido a través de sus actividades criminales.[60]

El lavado de activos y la financiación del terrorismo, por lo general presentan características de operaciones similares, sobre todo con relación al ocultamiento, pero aquellos que

[60] El delito fuente y la autonomía del delito de lavado de activos: sin delito previo no puede existir un delito posterior; Nelvis Espinoza Guzmán, Pág. 167 Noviembre 2018

financian el terrorismo transfieren fondos que pueden tener un origen legal o ilícito, encubriendo su fuente y destino final.

En efecto en 1986 surgió en los Estados Unidos y se extendió rápidamente por todo el mundo, la tendencia de criminalizar el acto mismo de blanquear el dinero y establecer que ese nuevo delito, por ser complemento independiente del delito subyacente, constituye motivo suficiente para el decomiso de bienes.

2. ORGANISMOS INTERNACIONALES QUE REGULAN LA PREVENCIÓN DEL LAVADO DE DINERO Y FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO.

En el año 1998 la ONU realizó el primer gran acuerdo internacional para luchar contra el lavado de dinero en el cual se crearon los principios de una cooperación jurídica internacional en materia penal para el lavado de dinero. La gran mayoría de las organizaciones internacionales apoyan todo acuerdo para combatir el lavado de dinero a nivel mundial, éstas son:

2.1. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS.

El Consejo de Seguridad de la Organizaciones de las Naciones Unidas Es el organismo de las Naciones Unidas encargado de mantener la paz y seguridad en el mundo. A diferencia de otras reparticiones de la ONU que únicamente pueden realizar recomendaciones a los gobiernos, el Consejo de Seguridad puede tomar decisiones (conocidas como resoluciones) y obligar a los miembros a cumplirlas, de acuerdo a lo establecido por la Carta de las Naciones Unidas.

El Consejo está conformado por quince Estados de ellos cinco miembros tienen capacidad permanentes con derecho de veto estos son Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Rusia y la República Popular China y diez miembros no permanentes. Los diez miembros no permanentes son elegidos de cinco en cinco cada año por la Asamblea General de la ONU y por un período de dos años. La presidencia del Consejo se rota mensualmente de manera

alfabética. Cada miembro del Consejo tiene un voto. Las decisiones en general requieren del voto afirmativo de, al menos, nueve miembros.[61]

Es importante establecer que el consejo de Seguridad ha emitido diversas resoluciones pronunciándose respecto del Terrorismo y financiamiento del Terrorismo.[62]

2.2. EL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA. (GAFI)

El Grupo de Acción Financiera sobre lavado de activos (FATF-GAFI) fue creado con motivo de la cumbre del G-7 celebrada en París en 1989. Reconociendo el papel esencial que podrían desempeñar en este campo el sistema bancario y las instituciones financieras, los Jefes de Estado y de Gobierno de los siete países más industrializados acordaron la constitución del Grupo, en cuya fundación también participaron otros ocho Estados, entre ellos, España y la Comisión Europea. Entre 1991 y 1992, a los dieciséis miembros fundadores se añadieron otros doce más.[63]

En la actualidad, al GAFI pertenecen 34 Estados y dos Organizaciones Internacionales. Este organismo es, probablemente, la entidad supranacional más relevante en este campo.

El GAFI nació con el fin esencial de promover, desarrollar y coordinar políticas orientadas a luchar contra el blanqueo de capitales, tanto en el plano nacional como en el internacional. Además, y aunque sus pronunciamientos difícilmente podrían considerarse vinculantes en términos técnico-jurídicos, lo cierto es que su capacidad de influencia ha hecho posible la renovación de la normativa interna de muchos países de acuerdo con los criterios esenciales marcados en sus célebres Cuarenta Recomendaciones.

Los objetivos del GAFI son establecer normas y promover la aplicación efectiva de las medidas legales, reglamentarias y operativas para combatir el LDA y FT.
Se incluye a los países de mayor riesgo que presentan deficiencias estratégicas en el sistema de prevención de LA/FT/RADM. También se señala que estos países no han hecho progresos

[61] CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, Junio 1945, San Francisco, California. Disponible en https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text
[62] Véanse: Comité del Consejo de Seguridad en virtud de las resoluciones 1267 (1999), 1989 (2011) y 2253 (2015) relativas al EIIL (Daesh), Al-Qaida y las personas, grupos, empresas y entidades asociadas
[63] Eduardo Fabián Caparros; "Combate al lavado de Dinero y Activos desde el sistema Judicial"; 5° Edicion, Washintong DC, 2006, p. 14.

significativos para resolver sus problemas ni se han comprometido con el GAFI para desarrollar un plan de acción.[64] Este Organismo ha implementado las conocidas Las 40 recomendaciones del gafi/fatf. Pudiendo definirse como los estándares internacionales más reconocidos para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo (LA/FT) Además las mismas incluyen una serie de medidas financieras, legales y de conducta que los países deben llevar adelante, en su mayoría basadas en instrumentos legales.[65]

Las Recomendaciones del GAFI constituyen un esquema de medidas completo y consistente que los países deben implementar para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, así como también el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva. Los países tienen diversos marcos legales, administrativos y operacionales y diferentes sistemas financieros por lo cual no pueden tomar todos medidas idénticas contra estas amenazas. Por lo tanto, las Recomendaciones del GAFI, fijan un estándar internacional que los países deberían implementar por medio de medidas adaptadas a sus circunstancias particulares. Las Recomendaciones del GAFI establecen medidas esenciales que los países deben implementar para[66]:

a) identificar los riesgos, y desarrollar políticas y coordinaciones internas;
b) luchar contra el lavado de activos; financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación;
c) aplicar medidas preventivas para el sector financiero y otros sectores designados;
d) establecer poderes y responsabilidades (por ejemplo. autoridades investigativas, de orden público y de supervisión) y otras medidas institucionales;
e) mejorar la transparencia y la disponibilidad de la información de sobre el beneficiario final de las personas y estructuras jurídicas; y Facilitar la cooperación internacional.

[64] Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (Gafisud) (2010): "Informe de Evaluación Mutua. Anti-lavado de activos y contra el Financiamiento del Terrorismo. 3ra Ronda". Disponible en: http://www.uaf.cl/asuntos/gafisud_evamutua.aspx. Fecha de consulta: 13 de junio de 2017.

[65] Grupo de Acción Financiera Internacional (2012): "Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. Las Recomendaciones del GAFI". Disponible en: http://www.gafilat.org/UserFiles/documentos/es/Las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf. Fecha de consulta: 13 de junio de 2017

[66] 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, Actualización Julio 2023.

países, y son reconocidas universalmente como el estándar internacional contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT).

2.3. EL GRUPO EGMONT.

El Grupo Egmont se creó en 1995 para facilitar la cooperación entre entidades - que ahora se conocen como Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) - en la lucha contra el lavado de activos. Con el paso del tiempo, la misión de las UIF y del Grupo Egmont se ha ampliado de manera que ahora incluye el lavado de activos, los delitos precedentes asociados y el financiamiento del terrorismo[67].

Básicamente, el Grupo Egmont se dedica y se consagra a la colaboración y cooperación internacional entre las UIF. Los Estatutos y Principios de Intercambio de Información entre Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) del Grupo Egmont establecen las normas operativas para que sus Miembros mejoren la cooperación internacional entre UIF a nivel global. Se espera que los Miembros del Grupo Egmont cumplan con los requisitos establecidos en los Estatutos y los Principios de Intercambio de Información entre Unidades de Inteligencia Financiera (UIF). El Grupo Egmont enfrentaría riesgos de reputación si Egmont no contara con un proceso para confirmar que sus Miembros cumplen con los Estatutos y Principios de Intercambio de Información entre Unidades de Inteligencia Financiera. Por tanto, se espera que cada miembro tenga en cuenta los riesgos operativos de compartir la información de las UIF con los demás Miembros. Se requiere por tanto un mecanismo transparente, equitativo y eficaz para asegurar que los Miembros cumplan con sus responsabilidades y se mantenga el prestigio del Grupo Egmont.[68]

Es una organización conformada por 167 Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) de todo el mundo, que proporciona una plataforma para el intercambio seguro e inmediato de conocimientos e inteligencia financiera para combatir el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo (LA/FT).

Entre los objetivos principales de este organismo son:

[67] Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera - Proceso de Apoyo y Cumplimiento - Julio de 2019
[68] Ibid,

- Estimular la cooperación internacional a través del intercambio de información, conocimiento y tecnología para prevenir las conductas delictivas del lavado de activos y la financiación del terrorismo.
- Potenciar la creación de estas unidades con criterios que estén en consonancia tanto con las jurisdicciones con programas de cumplimiento normativo ya establecidos como con otros países en fase de desarrollo.
- Fomento de la autonomía operativa de estas unidades.
- Desarrollo de documentos rectores que establecen pautas importantes referentes al papel y las funciones de la UIF y los mecanismos para el intercambio de información entre ellas.
- Favorecer una comunicación segura entre las UIF poniendo a su disposición aplicaciones tecnológicas como la red segura de Egmont (ESW).

A través del Grupo Egmont y en desarrollo de su objetivo de fortalecer la cooperación entre UIF, la UIAF ha promovido un permanente intercambio de información, atendiendo a los requerimientos de información de las Unidades de Inteligencia Financiera vinculadas al Grupo Egmont y replicando buenas prácticas en el ámbito internacional. Lo anterior, garantizando la seguridad de los medios dispuestos para el intercambio de información.[69]

2.4. COMITÉ DE BASILEA SOBRE LA SUPERVISION BANCARIA.

La primera referencia al blanqueo de capitales en la normativa internacional viene de la mano de una Declaración no obligatoria firmada por Bancos e Instituciones financieras, conocida como Declaración de Principios del Comité de Reglas y Practicas de Control de operaciones bancarias, de 12 de diciembre de 1988, sobre prevención de utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal más conocida como Principios de Basilea[70].

[69] Sitio web consultado;
https://www.uiaf.gov.co/asuntos_internacionales/organizaciones_internacionales/grupo_eg mont
[70] Pastor Álvarez, Daniel; Manual de Prevención del Blanqueo, MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A. MADRID 2006 BARCELONA.

El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS, por sus siglas en inglés) como constituye un foro internacional de cooperación en materia de supervisión bancaria.

Su principal objetivo es mejorar la comprensión de los temas claves en el terreno de la supervisión y aumentar la calidad de la supervisión bancaria a nivel mundial, a través de la puesta en común de enfoques, técnicas y experiencias.

El Comité aprovecha esta reunión para desarrollar directrices y estándares, entre los cuales tenemos como los más relevantes: el estándar internacional sobre medidas y normas de capital (Acuerdos de Basilea), los Principios Básicos para una supervisión bancaria eficaz[71] (Core Principles) y el Concordato sobre supervisión transfronteriza. Alienta los contactos y la cooperación entre sus miembros y otras autoridades de supervisión bancaria, distribuye a los supervisores de todo el mundo sus documentos de trabajo y proporciona orientación sobre cuestiones de supervisión bancaria. Con el fin de intensificar los contactos entre supervisores, organiza dos veces al año la Conferencia Internacional de Supervisores Bancarios (ICBS, por sus siglas en inglés)

Los Organismos Internacionales previamente indicados, constituyen los entes de mayor relevancia respecto de la Prevención y represión de Lavado de Dinero y Activos, sin embargo, el catalogo es muy extenso y responde a las necesidades de cada región.

3. TRATADOS INTERNACIONALES RELATIVOS AL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS.

A continuación, se detallan algunos tratados Internacionales que de forma directa o indirecta están vinculados con la prevención y represión del Lavado de Dinero y Activos.

3.1. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS.

Esta Convención no describe el Lavado de Dinero en sí mismo, sino un aspecto económico del delito tal es el caso, que en su artículo tres dispone: “Cada una de las Partes adoptará las

[71] Comité de Supervisión Bancaria: “Principios Básicos para una supervisión Bancaria Eficaz”. Diciembre 2011

medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados o de conformidad con el inciso anterior, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones. La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos. A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico: la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso primero o de un acto de participación en tal delito o delitos.[72]

3.2.CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

En el año 2000, se creó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocida como la Convención de Palermo. Los Estados Parte de la Convención se han comprometido a formular y desarrollar programas de capacitación para el personal dedicado a hacer cumplir la ley, incluido aquel encargado de controlar la delincuencia organizada en todas sus acepciones. los aspectos que contempla la Convención de Palermo es la adscripción e intercambio de personal entre los Estados Miembros, sin afectar en ningún momento la soberanía del Estado tal como se menciona en el Artículo 4.1 de esta Convención: Los Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados.

[72] Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Decreto Legislativo No.655 del 14 de septiembre de 1993, publicado en el Diario Oficial No. 198, Tomo No. 321 de fecha 25 de octubre de 1993.

Una de las formas de ejecutar lo estipulado en la Convención es a través de las Conferencias de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, donde se realiza un examen sobre la aplicación de la Convención y sus Protocolos. Al tratarse de una Convención internacional con disposiciones de carácter abierto es posible que la aplicación de éstas se dé en un abanico indefinido de opciones delictivas que pueden traducirse en desafíos futuros (UNODOC, 2012); asimismo, se debe hacer énfasis en la necesidad de colaboración entre los Estados porque se ha comprobado ampliamente que ninguna jurisdicción por sí misma ha podido poner fin al poder de las organizaciones delictivas transnacionales.

Para lo anterior es oportuno evaluar las necesidades y los beneficios de crear estrategias generales nacionales para combatir la delincuencia organizada, sobre todo desde el punto de vista de compartir experiencias específicas que algunos Estados Miembros han realizado para enfrentar la problemática que nos ocupa. Esto es una muestra de que, en la actualidad, la Convención de Palermo emplea mecanismos que van más allá de la simple implementación de ésta; mediante la creación de normas se recurre a las técnicas convencionales, las cuales obligan a los Estados Parte a informar periódicamente de los avances en la materia ante alguna instancia determinada.

Respecto del tratamiento del lavado de activos, la Convención de Palermo mantiene la misma línea que el resto de instrumentos internacionales sobre la materia suscritos tras la Convención de Viena, adoptando en líneas generales las tres tipicidades previstas en el art. 3 del texto de 1988, ampliando su objeto material en los términos indicados. Con todo, fue preciso llegar al año 2000 para que Naciones Unidas emplee por vez primera el término "blanqueo".

En cuanto al resto de sus disposiciones, la Convención de Palermo trata de lograr un consenso universal sobre medidas ya conocidas, tratando de dotarlas del debido rigor técnico[73]:

a) Se encomienda a los Estados con objeto de que éstos amplíen la tipificación del blanqueo a gama más amplia de delitos previos (art. 6.2, inciso a)).

[73] Eduardo Fabián Caparros; "Combate al lavado de Dinero y Activos desde el sistema Judicial"; 5° Edicion, Washintong DC, 2006, p 30.

b) Llama a los Estados para que perseveren en la misma línea sobre la que se ha trabajado a lo largo de los años 90 en el sentido de implementar adecuados regímenes internos de control y supervisión financiera tendente a prevenir la ejecución de operaciones de lavado. En tal sentido, se invita a los Estados a establecer Unidades de Inteligencia Financiera (art. 7).

c) Insiste sobre la necesidad de admitir la responsabilidad de personas colectivas dotadas de relevancia jurídica, aproximándose al principio de que societas delinquere potest, si bien otorgando a los Estados la posibilidad de que esa responsabilidad sea penal, civilo administrativa (art. 10), con objeto de evitar roces innecesarios con los principios de Derecho interno.

d) Mantiene la necesidad de decomisar los bienes que constituyen el producto del delito en términos similares a los de la Convención de Viena, si bien adaptándolo a la perspectiva ampliada de delito previo (art. 12).

e) Finalmente, un importante número de preceptos (arts. 13 y ss.) establecen una suerte de Código que trata de recopilar ordenadamente las iniciativas nacionales e internacionales adoptadas a lo largo de los últimos quince años en materia de cooperación internacional

3.3. EL REGLAMENTO MODELO SOBRE DELITOS RELACIONADOS CON EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y DELITOS CONEXOS DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS (CICAD).

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos encomendó a la Comisión Interamericana Contra el Abuso de Drogas (CICAD) la convocatoria de una comisión de expertos de países americanos para que investigara la influencia del blanqueo en el hemisferio y, a partir de ello, preparara medidas orientadas a su control. El trabajo de estos expertos se materializó en la elaboración de un Reglamento Modelo sobre el control del

lavado, aprobado por la Asamblea General de la OEA en 1992[74], base sobre la que la propia Organización ha ido apoyando la labor de los países miembros que han querido ajustar sus respectivos ordenamientos jurídicos para hacer frente a este fenómeno.

El Reglamento Modelo ha sido modificado en varias ocasiones a propuesta del Grupo de Expertos; la última, aprobada oficialmente en diciembre de 2005, durante el XXXVIII Periodo Ordinario de Sesiones celebrado en Washington (EE.UU.). Tanto en ésta como en las últimas modificaciones se ha hecho hincapié en las cuestiones relacionadas con la financiación del terrorismo y el funcionamiento de entidades financieras informales, la valoración del lavado de activos como delito autónomo del precedente y, por ello, merecedor de un reproche penal autónomo y, en su caso, cumulativo, así como en la aplicación de técnicas de investigación propias de la persecución de la delincuencia organizada, tales como intervenciones telefónicas, agentes encubiertos, entregas vigiladas, etc.[75]

Conviene advertir que el Reglamento Modelo no es un Convenio Internacional vinculante, sino una norma de soft law, armonizadora desde el consenso, pero de cuyo incumplimiento no puede derivarse un régimen de sanciones jurídicas. Tiene aspecto de ley, con forma articulada, pero no es, en términos estrictos, una norma jurídica. Siguiendo la línea iniciada desde comienzos de la década de los noventa en el plano internacional, los cambios introducidos en el Reglamento Modelo por la comisión de expertos se inspiraron sobre la idea de que era necesario romper la dependencia de la lucha contra el blanqueo de capitales del delito de tráfico de drogas.

Tratando de sintetizar, el Reglamento Modelo propone la necesidad de adoptar las siguientes medidas de Derecho interno[76]:

a) Penalización del lavado de activos en términos similares a los previstos en la Convención de Viena, pero ampliando su ámbito a toda clase de delitos graves, definidos en los términos que se acaba de indicar (art. 2.1).

[74] REGLAMENTO MODELO DE LA CICAD-OEA; SECRETARIA GENERAL ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS WASHINGTON D.C., 1,992.
[75] Eduardo Fabián Caparros; "Combate al lavado de Dinero y Activos desde el sistema Judicial"; 5° Edicion, Washintong DC, 2006
[76] Ibid

b) Su autonomía conceptual hace que se castigue cualquier forma de participación o forma de imperfecta ejecución (art. 3.2), y que se persiga con independencia de la competencia que corresponda para el enjuiciamiento del delito previo (art. 4)

c) Prevé el castigo del blanqueo cometido por dolo directo, dolo eventual ("ignorancia intencional") e imprudencia ("debiendo saber") (art. 2.1).

d) Se ha ahondado en la preocupación por la financiación del terrorismo como delito fenomenológicamente próximo al blanqueo, dedicando un nuevo precepto a su definición (art. 3), previendo procedimientos especiales respecto de los bienes ligados a esta infracción (art. 8), incorporando referencias explícitas en una serie de normas antes dedicadas exclusivamente al lavado de activos, e

e) Decomiso del producto de los delitos previos que sean objeto de blanqueo o estén relacionados con la financiación del terrorismo (art. 9). Para garantizar su efectividad, prevé la aplicación de medidas cautelares reales y de administración (arts. 6 y 7).

Entre otros aspectos relevantes que sirven como referente para lo que las Legislaciones relativas al lavado de Dinero deberían incluir.

Este reglamento tipifica el delito de lavado en su artículo 2, extendiéndolo también a delitos conexos, citándolo de la siguiente manera: *"Comete delito penal la persona que convierta o transfiera bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos*".[77]

Comete delito penal la persona que adquiera, posea, tenga o utilice bienes a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos. Comete delito penal la persona que oculte, encubra o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas, debiendo saber, o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito o delitos conexos. Comete delito penal, la persona que participe en la comisión de alguno de los delitos tipificados en este artículo, la asociación o la confabulación para cometerlos, la

[77] REGLAMENTO MODELO DE LA CICAD-OEA; SECRETARIA GENERAL ORGANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS WASHINGTON D.C., Art. 2

tentativa de cometerlos, la asistencia, la incitación pública o privada, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión, o que ayude a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.

El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualesquiera de los delitos previstos en este artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. Los delitos tipificados en este artículo serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de los demás delitos de tráfico ilícito o delitos conexos".

3.4.LA LEGISLACIÓN MODELO DEL PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA FISCALIZACIÓN INTERNACIONAL DE LAS DROGAS (PNUFID).

Esta legislación en su artículo 1 preceptúa que: "Se considerarían como blanqueo del dinero de la droga: la conversión o la transferencia de recursos o bienes procedentes… (1ª variante: del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, precursores, material y equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados para la producción ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas), (2ª variante: de una infracción de los artículos… de la Ley sobre fiscalización de las drogas), (3 ª variante: de una infracción de los artículos... del código penal), con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de esos recursos o bienes o de ayudar a cualquier persona que haya participado en la comisión de uno de esos delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acto.

La ocultación o encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de recursos, bienes o derechos relativos a ellos procedentes de alguno de los delitos a los que se refiere el inciso precedente." también de esta misma Legislación, en su artículo 21 reza de la siguiente manera: "serán castigados con la pena de prisión de y multa de a con una de esas dos penas solamente: Los que hubiere convertido o transferido recursos o bienes, sabiendo (1ªvariante: o sospechando) (2ªvariante: o cuando habrían debido saber) que procedían directa o indirectamente del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicotrópicas o precursores, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de esos bienes o recursos o ayudar a cualquier persona que hubiera participado en la comisión de uno de esos delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos. Los

que hubieren contribuido a ocultar la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de recursos, bienes o derechos a ellos relativos, sabiendo (1ªvariante: o sospechando) (2ªvariante: o cuando habrían debido saber) que procedían directa o indirectamente del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicotrópicas o precursores. Los que hubieren adquirido, poseído o utilizado bienes, sabiendo (1ªvariante: o sospechando) (2ªvariante: o cuando habrían debido saber) que procedían del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicotrópicas o precursores o de la participación en uno de esos delitos.

3.5. CONVENIO CENTROAMERICANO PARA LA PREVENCIÓN Y LA REPRESIÓN DE LOS DELITOS DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS RELACIONADOS CON EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y DELITOS CONEXOS.

Este Convenio tipifica en su artículo 2 las conductas que constituyen lavado en los siguientes términos: "Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, las siguientes conductas: 1) Convertir o transferir recursos o bienes, con conocimiento de que proceden, directa o indirectamente, del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicotrópicas o delitos conexos, para ocultar o encubrir su origen ilícito, o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos a quien haya participado en la comisión de uno de estos delitos. 2) Contribuir a ocultar o encubrir la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad verdadera de recursos, bienes o derechos relativos a ellos, previo conocimiento de que proceden directa o indirectamente del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicotrópicas o delitos conexos. 3) Adquirir, poseer o utilizar bienes, sabiendo que derivan del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias sicotrópicas o delitos conexos o de la participación en uno de esos delitos. Las sanciones correspondientes a cada delito serán fijadas por cada Estado Parte de conformidad a su legislación interna y tomando en consideración las establecidas por los demás Estados Parte. De igual manera, se establecerán penas agravadas cuando tales delitos sean cometidos por funcionarios y empleados públicos.[78]

[78] Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionado con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, ratificado mediante Decreto

Ahora bien, dejando la normativa relativa al Lavado de Dinero y Activos, es necesario resaltar que respecto de los Sistemas de compliance, también existe normativa (no entendida como norma legal) respecto de los elementos que debe de contener los programas de cumplimiento.

3.6.LAS NORMAS ISO DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE NORMALIZACIÓN.

Es una organización independiente y no-gubernamental formada por las organizaciones de normalización de sus 167 países miembros. Es el mayor desarrollador mundial de estándares internacionales voluntarios y facilita el comercio mundial al proporcionar estándares comunes entre países. Se han establecido cerca de veinte mil estándares cubriendo desde productos manufacturados y tecnología a seguridad alimenticia, agricultura y sanidad.

El uso de estándares facilita la creación de productos y servicios que sean seguros, fiables y de calidad. Los estándares ayudan a los negocios a aumentar la productividad a la vez que minimizan los errores y el gasto.

Al permitir comparar directamente productos de diferentes fabricantes, facilita que nuevas compañías puedan entrar en nuevos mercados y ayudar en el desarrollo de un comercio global con bases justas. Los estándares también sirven para proteger a los consumidores y usuarios finales de productos y servicios, asegurando que los productos certificados se ajusten a los mínimos normalizados internacionalmente.

Entrando en materia, es indispensable señalar las normas relativas a Compliance.

3.6.1. ISO 373011 SOBRE COMPLIANCE

ISO (Organización Internacional de Normalización) es una federación mundial de organismos nacionales de normalización (organismos miembros de ISO). El trabajo de elaboración de las Normas Internacionales se lleva a cabo normalmente a través de los comités técnicos de ISO. Cada organismo miembro interesado en una materia para la cual se haya establecido un comité técnico, tiene el derecho de estar representado en dicho comité.

Legislativo No. 126, de fecha 30 de octubre de 1997, publicado en el Diario Oficial No. 227, Tomo No. 337 de fecha 4 de diciembre del mismo año.

Las organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, vinculadas con ISO, también participan en el trabajo.[79]

Según el sitio web de la normas ISO, en la norma 373011 para Latinoamérica participaron entre muchos otros, El Salvador.[80]

Las organizaciones que pretenden ser exitosas a largo plazo necesitan establecer y mantener una cultura de cumplimiento, considerando las necesidades y expectativas de las partes interesadas. El compliance, por tanto, no sólo es la base, sino también una oportunidad para una organización exitosa y sostenible.

El compliance es un proceso continuo y el resultado de que una organización cumpla con sus obligaciones. El compliance se hace sostenible a través de su integración en la cultura de una organización y en el comportamiento y la actitud de las personas que trabajan para ella. Mientras mantenga su independencia, es preferible que la gestión del compliance esté integrada con los demás procesos de gestión de la organización y en sus requisitos y procedimientos operacionales.

Un sistema de gestión del compliance eficaz y que abarque a toda la organización permite que la organización demuestre su compromiso de cumplir con las leyes, requisitos regulatorios, códigos de la industria y las normas de la organización pertinentes, así como con las normas de buena gobernanza, las mejores prácticas generalmente aceptadas, la ética y las expectativas de la comunidad[81]

Básicamente la Norma ISO 373011, divide y recomienda como debe de hacerse un Manual de Cumplimiento Normativo dice que deben de hacerse con objetivos tales como: Integridad, Cultura, Conformidad, Valores y Etica[82] .

Además requiere de principios como son Integridad, Buena Gobernanza, Proporcionalidad, Transparencia, Rendición de Cuentas, y Sostenibilidad[83]

[79] www.iso.org
[80] idem
[81] Norma ISO 373011
[82] Idem
[83] idem

3.6.2 ISO 37001 ANTICORRUPCION Y ETICA EMPRESARIAL.

El soborno es un fenómeno generalizado que plantea serias inquietudes sociales, morales, económicas y políticas, socava el buen gobierno, obstaculiza el desarrollo y distorsiona la competencia. Erosiona la justicia, socava los derechos humanos y es un obstáculo para el alivio de la pobreza. También aumenta el costo al hacer negocios, introduce incertidumbres en las transacciones comerciales, aumenta el costo de los bienes y servicios, disminuye la calidad de los productos y servicios, lo que puede conducir a la pérdida de vidas y bienes, destruye la confianza en las instituciones e interfiere con el correcto y eficiente funcionamiento de los mercados.[84]

La norma ISO 37001 que el comité ISO la llama "Sistema de Gestión Antisoborno"[85] en dicha norma el comité ISO da las directrices y las bases de un sistema antisoborno en los que se destaca:

- Soborno en los sectores público, privado y sin fines de lucro;
- Soborno por parte de la organización;
- Soborno por parte de personal de la organización que actúa en nombre de la organización o para su beneficio;
- Soborno por parte de socios de negocios de la organización que actúan en nombre de la organización o para su beneficio;
- Soborno a la organización;
- Soborno del personal de la organización en relación con las actividades de la organización;
- Soborno de los socios de negocios de la organización en relación con las actividades de la organización; soborno directo e indirecto (por ejemplo, un soborno ofrecido o aceptado por o a través de un tercero.[86]

Una organización bien gestionada debe tener una política de cumplimiento que se apoye en sistemas de gestión adecuados que le ayuden a cumplir sus obligaciones legales y sus compromisos con la integridad. Una política antisoborno es un componente de una política

[84] www.iso.com
[85] www.iso.org
[86] Norma ISO 37001

global de cumplimiento. La política antisoborno y el sistema de gestión de apoyo ayudan a la organización a evitar o mitigar los costos, riesgos y daños de involucrarse en el soborno, a promover la confianza y la seguridad en las transacciones comerciales y a mejorar su reputación.

4. NORMATIVA NACIONAL.

4.1.LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS (LCLDA).

En el ordenamiento jurídico Salvadoreño se encuentra actualmente vigente la Ley especial contra el Lavado de Dinero y Activos,[87] en la cual en su artículo cuatro, el legislador ha establecido como conducta tipica: " *Que el que depositare, reiterare, convirtiere o transfiriere fondos, bienes o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas, para ocultar o encubrir su origen ilícito o ayudar a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, a quien haya participado en la comisión de dichas actividades delictivas será sancionado con prisión de cinco a quince años y multa de cincuenta a dos mil quinientos salarios mínimos mensuales vigentes para el comercio, industria y servicios al momento que se dicte la sentencia correspondiente.*

Se entenderá también por Lavado de Dinero y Activos, cualquier operación, transacción, acción u omisión encaminada a ocultar el origen ilícito ya legalizar bienes y valores provenientes de actividades delictivas cometidas dentro o fuera del país. En el caso de las personas jurídicas, las sanciones serán aplicadas a las personas naturales mayores de dieciocho años, que acordaron o ejecutaron el hecho constitutivo del lavado de dinero y activos.

Las personas naturales que por si o como representantes legales, informen oportunamente sobre las actividades y delitos regulados en la presente ley, no incurrirán en ningún tipo de responsabilidad".[88]

[87] Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos. Decreto Legislativo Nº 498, de fecha 02 de diciembre de 1998, publicado en el Diario Oficial Nº 240, Tomo 341, del 23 del mismo mes y año.
[88] Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos. Decreto Legislativo Nº 498, de fecha 02 de diciembre de 1998, publicado en el Diario Oficial Nº 240, Tomo 341, del 23 del mismo mes y año.

Dicha ley contiene elementos relevantes que van de acorde a las exigencias de la normativa internacionales, tal y como la regulación de la excepción al secreto Bancario, la inmovilización de activos, entre otros. Sin embargo, el Estado actual de dicha Ley esta obsoleta frente al proyecto de una nueva Ley, que parece será pronta su entrada en vigencia[89].

4.1.1. ASPECTOS RELEVANTES DE LA PROPUESTA DE LEY CONTRA LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS.

En este espacio se incorpora y analizara de manera superficial el proyecto de la Nueva Ley contra el Lavado de Dinero, que se denominado por lo menos de forma preliminar como "Ley Especial para la Prevención, Control, y Sanción del Lavado de Activos, Financiamiento al Terrorismo y de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva"[90]

La ley presenta en su estructura bastantes y nuevas tendencias del derecho Penal Econmico, pero más aun sobre sistema de prevención, que es donde mas resalta el anteproyecto.

Los factores con respectó a las Obligaciones de Sujetos obligados, Debida Diligencia, oficiales de Cumplimiento, reporte de Operaciones inusuales o sospechosa deja clara esa parte los conceptos y funcionamientos.

Otro elemento innovador en el Anteproyecto es que acuerpa las sanciones administrativas de los sujetos obligados y el procedimiento a seguir para tales efectos.

También podemos destacar la creación de entidades con poder de decisión como lo es el Sistema Nacional para la Prevención, Control y Represión del Lavado de Activos, El Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación de Armas de destrucción masiva y el Comité, esta ayudaría a tener una visión mas amplia sobre el fenómeno del Lavado en El Salvador.

[89] Véase: https://www.uif.gob.sv/aprobacion-de-la-ley-especial-para-la-prevencion-control-y-sancion-del-la-ft-y-de-la-proliferacion-de-armas-de-destruccion-masiva/

[90] Proyecto de Ley de la denominada "Ley Especial para la Prevención, Control, y Sanción del Lavado de Activos, Financiamiento al Terrorismo y de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva" presentada a la asamblea legislativa en fecha 13 de diciembre del 2023

Y por último y no menos Importante el logro y adelanto mas Grande de la Ley es la responsabilidad Penal y Administrativa de la Personas Jurídica ante el incumplimiento o no de un Compliance Normativo, se incorpora con esto de forma clara y sin ambigüedades dicha forma de imputación.

4.2. REGLAMENTO DE LA LEY CONTRA EL LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS.

Se cuenta con un reglamento que dicta las disposiciones reglamentarias pertinentes, que facilita y asegura la aplicación y funcionamiento de la Ley contra el lavado de dinero y de activos (LCLDA) que en caso de ser derogada la Ley, habrá que revisar la vigencia del mismo.

4.3. INSTRUCTIVO DE LA UIF VIGENTE.

Con la reciente aprobación del nuevo Instructivo para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos y el Financiamiento del Terrorismo[91], Con este nuevo instructivo se pretenden desarrollar de mejor manera y con un enfoque basado en riesgos, las obligaciones establecidas en la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos.

Los aspectos relevantes del presente instructivo se encuentran desarrollados ampliamente en capítulos posteriores.

4.4. NORMAS TÉCNICAS PARA GESTIÓN DE LOS RIEGOS DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS, Y DE FINANCIAMIENTO AL TERRORISMO.

Las presentes Normas tienen por objeto proporcionar los lineamientos mínimos para la adecuada gestión de los riesgos de lavado de dinero y de activos, financiación del terrorismo y financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva, a fin de que las entidades

[91] Nuevo Instructivo de la UIF para la Prevención del Lavado de Dinero y Activos y el Financiamiento del Terrorismo, Diario Oficial No. 205, Tomo 433 de fecha 27 de octubre del 2021, entrando en vigencia 30 días después del día siguiente a su publicación en el Diario Oficial.

integrantes del sistema financiero prevengan los referidos riesgos, detecten operaciones inusuales y reporten operaciones relacionadas con dichos riesgos, de forma oportuna. La adopción de políticas y procedimientos relacionados con el desarrollo de metodologías para la gestión del riesgo de lavado de dinero y de activos, financiación del terrorismo y financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva debe ser acorde con el perfil de riesgo de la entidad, la naturaleza, tamaño, tipos de productos, servicios, clientes y canales de distribución.

Dichas normas técnicas han sido emitidas por el Banco Central de Reserva a través del comité de normas , las cuales constituyen un conjunto de políticas, reglas y mecanismos de conducta, con la finalidad y entorno a la prevención, detección, sanción y erradicación del delito de lavado de dinero y de activos, así como su encubrimiento[92].

Estas Normas técnicas para la gestión de los riesgos de lavado de dinero y de activos, financiación del terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva, establece en su capítulo III gestión de los riesgos DE LDA/FT/FPADM las Etapas del proceso de gestión de los riesgos LDA/FT/FPADM, partiendo de la idea lo que establece el Artículo 10.- *Para la gestión de los riesgos de LDA/FT/FPADM, las entidades deben contar con un proceso continuo y documentado con el fin de establecer una metodología diseñada, para identificar, medir, controlar, monitorear y comunicar los eventos potenciales de riesgo de LDA/FT/FPADM que pueden afectarle, con el propósito de prevenirlos, detectarlos y mitigarlos oportunamente, de conformidad al sistema de gestión de riesgo aprobado por la Junta Directiva u órgano equivalente. Asimismo, las entidades para realizar una gestión basada en riesgos deberán aplicar una metodología en la identificación y tratamiento de los riesgos de LDA/FT/FPADM derivados de las actividades del negocio y que ofrezca garantías que el riesgo está siendo gestionado dentro del nivel de apetito de riesgo definido por la misma. La Oficialía de Cumplimiento, debe realizar revisiones periódicas del debido cumplimiento de las políticas, procedimientos y medidas de gestión*

[92] *Normas del Banco Central de Reserva de El Salvador*, emitidas por el Comité del BCR, 23-09-2022; Art. 1, objeto de la norma técnica.

del riesgo de LDA/FT/FPADM, establecidas por la entidad, sobre la base de los resultados de su evaluación del riesgo en respuesta al marco legal vigente.[93]

[93] *Normas del Banco Central de Reserva de El Salvador*, emitidas por el Comité del BCR, 23-09-2022, Art. 10

CAPÍTULO 3.

ANÁLISIS DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENA ECONÓMICO EN EL SALVADOR.

Sumario: 3. 1. El Delito de Lavado de Dinero y de Activos, 3.2. Análisis del delito de Lavado de Dinero y de Activos desde la perspectiva del Derecho Penal Económico.

3. 1. EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS.

En la década de los 60s[94], el negocio de trafico de drogas significó una actividad económica lucrativa que se realizaba al margen de la ley, lo que conllevó que, de las ingentes ganancias obtenidas de dicha actividad, se introdujera al sistema económico legal de los órdenes económicos de los países, donde llegaban las grandes cantidades de dinero. Lo que comprende, que el delito de lavado de dinero y de activos, tiene vínculos o es producto de la criminalidad organizada

De ahí que, la Organización de las Naciones Unidas, en 1988 decretará la *Convención de las Naciones Unidas contra el Trafico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas,* conocida como la convención de Viena, y desde ese entonces el combate al lavado de dinero y de activos ha venido en incremento.

A) GENERALIDADES.

Suele denominarse de diferentes maneras, a las operaciones delictivas que buscan brindarle apariencia de legalidad, llamándosele: "lavado de dinero", "lavado de activos"[95], "blanqueo de capitales"[96], "legitimación de capitales ilícitos", blanqueamiento de dinero o

[94] Blanco Cordero, Isidoro. *EL delito de blanqueo de capitales, 2ª ed. Ed.* Thomson: Navarra, 2002.
[95] La doctrina peruana se ha inclinado por denominar el delito que nos ocupa como lavado de activos. Así titulan sus obras los doctrinarios peruanos: Percy García Cavero, el delito de lavado de activos; Mendoza Llamacponca, el delito de lavado de activos; Prado Saldarriaga, lavado de activos y financiación del terrorismo.
[96] La doctrina española se ha inclinado más por el uso de blanqueo de capitales, así autores como Miguel Abel Souto, Isidoro Blanco Cordero, Carlos Aránguez Sánchez, Eduardo Fabián Caparrós titulan sus obras como el *Delito de Blanqueo de Capitales*.

blanqueamiento de capitales, etc. Imponiéndose en los países latinoamericanos la denominación "Lavado de Dinero", lo cual llevó a nuestro país a denominar su ley "*Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos*".

Dicha actividad delictiva, es objeto de estudio de la dogmática jurídico penal, por lo que, hemos de recurrir a las categorías establecidas por la dogmática para comprender analíticamente qué es el delito de lavado de dinero y de activos. En ese sentido, entendemos junto con la dogmática penal, que delito es *acción u omisión (conductas humanas), típica, antijuridica, culpable*[97].

B) ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL TIPO OBJETIVO Y EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO.

B. 1. EL ELEMENTO OBJETIVO DE LA TIPICIDAD.

El primer elemento de análisis en la teoría del delito es, el elemento conductual expresado en acciones u omisiones del sujeto activo del delito. Por lo que, hemos de partir por analiza las conductas típicas en el Delito de Lavado de Dinero y de Activos.

B.1. .1. LAS CONDUCTAS TÍPICAS.

En un primer momento encontramos, conductas que buscan la introducción de los bienes de ilícita procedencia al tráfico económico legal. Dichas conductas son *la conversión y transferencia*.

La *conversión* implica un cambio en el aspecto físico de los bienes, el dinero que es depositado en una cuenta bancaria, luego es utilizado por medio de un cheque con el fin de comprar algún tipo de bien mueble o inmueble. La conversión recae directamente sobre el bien de procedencia ilícita, dicho bien es el que se busca convertir, tiene como base el bien primigenio, es decir, el originario contaminado con su naturaleza ilícita;

La transferencia, que implica el paso de una persona a otra, el movimiento que los bienes de origen ilícito sufren al pasar de un lugar a otro o de una persona a otra. La acción típica en

[97] Mir Puig, Santiago. Lecciones de Derecho Penal, parte general. Ed. Reppertor: Barcelona 2006. Pág. 138.

este concepto implica una transmisión. La característica ha resalta en esta conducta, es que el bien posee su identidad de ilicitud, el cambio es realizado de una persona a otra. Aquí queda comprendidas las transferencias electrónicas de una cuenta bancaria a otra.

Otro grupo de conductas son *ocultar y simular*. Implicando la primera conducta hace referencia a ocultar, esconder el origen ilícito de los bienes que se pretende lavar; mientras que la segunda conducta, se refiere a disfrazar los bienes de origen ilícito, para hacerlos parecer de otra naturaleza que no son. Ambas conductas tienen como finalidad evitar el descubrimiento de la ilicitud de los bienes en su origen.

El último grupo de conductas típicas en el delito de Lavado de Dinero y de Activos, están referidas a la adquisición, posesión y utilización. *Adquisición,* el concepto adquisición en el derecho posee un amplio sentido, pues ha de abarcar diferentes áreas del derecho para comprenderse. En el ámbito civil, la adquisición hace referencia a los derechos subjetivos que se adquieren. La interpretación penal, del término adquisición no ha de limitarse únicamente a un ámbito o diversos del derecho, sino mas bien, ha de significar el ingreso de los derechos sobre los bienes de origen delictivo, incluido el derecho de posesión[98]; *Posesión,*

Utilización, la esencia de esta conducta implica la mera utilización como servirse del bien. No implica una transferencia del bien entre personas.

La ley contra el Lavado de Dinero y de Activos -LCLDA, en adelante-, ha establecidos como verbos rectores, los siguientes: depositar, retirar, convertir o transferir, ocultar o encubrir (art. 4 LCLDA); ocultar, disfrazar, adquirir, poseer y utilizar (art. 5 LCLDA). Estos verbos contenidos, encajan en las diferentes conductas de la actividad delictiva del Lavado.

B. 1. 2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS.

Un principio básico del Derecho penal, es el *principio de lesividad del bien jurídico*, que, en la legislación salvadoreña, se encuentra regulado en el art. 3 del Código Penal.

Entendemos con Roxin que los *bienes jurídicos* son "circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado

[98] Blanco Cordero, Isidoro. *EL delito de blanqueo de capitales, 2ª ed. Ed.* Thomson: Navarra, 2002.

sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema"[99]. Por lo tanto, el derecho penal parte de la protección de bienes jurídicos para legitimar la intervención punitiva del Estado en la vida social.

El *bien jurídico*[100] protegido en el delito de Lavado de Dinero y de Activos, ha sido objeto de diversas opiniones, y la doctrina se ha dividido: en posiciones críticas y posiciones afirmativas. Las primeras parten de un análisis económico del delito de Lavado de Dinero y de Activos, para negar que dicho delito sea ofensivo al orden económico, y que, por lo tanto, no es necesaria su regulación; la segunda posición, parte de justificar el combate del delito de Lavado de Dinero, por la ofensividad que implica al orden social establecido, dividiéndose a la vez en dos aristas, para una orientación el bien jurídico en el Delito de Lavado es *uni-ofensivo*, para otro sector, el bien jurídico es *pluriofensivo*.

Los planteamientos *uniofensivos*, consideran que el delito de lavado, únicamente afecta un bien jurídico propiamente. Considerando un sector de la doctrina que ese bien jurídico sería *la administración de la justicia*[101]. Se considera que el bien jurídico que se ve afectado en este hecho delictivo, se debe a que, el lavador busca ocultar el origen ilícito de los bienes, a lavar, lo que produciría que la Administración de justicia se vea defraudada por ese acto de ocultación. La función investigadora, preventiva, represiva del Estado se vería burlada por el acto de ocultar la naturaleza de los bienes de ilícita procedencia. Otro sector de la doctrina considera que el bien jurídico que afecta la actividad de lavado, sería *la seguridad interna de los países*, esto debido, a la vinculación directa que el delito de lavado de dinero y activos tiene con otros sectores criminales que golpean la paz de las sociedades donde acción como el tráfico ilícito de drogas.

Los planteamientos del bien jurídico como un bien *pluriofensivo*, se debe a la diversidad de bienes jurídicos que se ven afectados, según entiende este grupo doctrinal. El delito de lavado

[99] Roxin, Claus. *Derecho Penal, parte general*. Tomo I, 2ª ed. Civitas: Madrid, 1997.
[100] El bien jurídico, nos dice Martínez Buján Pérez, se erige en el primer momento en el proceso de justificación de la intervención penal, o sea, el primer requisito para la legitimación del castigo penal. Buján Pérez. *Derecho Penal Económico y de la empresa, PG*. 6ed. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2022. Pág. 196.
[101] Véase. Bacigalupo Zapater. *Curso de Derecho Penal Económico*. Marcial Pons: Madrid, 2005 Pág. 460.

de dinero y de activos, lesiona tanto el orden económico como la administración de justicia[102], incluyendo esta orientación, el delito previo.

Blanco Cordero, critica las concepciones antes mencionadas. Pues considera que, si nos inclinamos por la Administración de justicia como el bien jurídico protegido, nos quedaríamos en un nivel intermedio del combate del delito de Lavado de Dinero y de Activos, y tal visión seria imparcial. Por lo que, considera que la concepción mas adecuada en un Estado Constitucional, en el cual se combate el Lavado de Dinero, el bien jurídico a protegerse ha de ser el orden socioeconómico, se incidiría en la ultima fase del delito combatido, y con ello se abarcaría la totalidad de las etapas del lavado[103].

B. 2. EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS.

El dolo, es la expresión subjetiva del delito por excelencia. Así se estructura toda norma jurídico penal, teniendo a la base el dolo, y salvo excepciones, se expresa una configuración culposa o imprudente.

La doctrina ha determinado para el dolo una definición, este es, dolo es: *conocimiento y voluntad de realización del elemento objetivo del tipo*. En el delito de lavado de dinero y de activos, el dolo ha de recaer sobe el conocimiento del origen ilícito de los activos[104].

El elemento intelectual del dolo, requiere, que el sujeto activo del delito debe saber qué es lo que hace, cuál es el contenido de su actuar. En el delito de lavado de dinero y de activos, el sujeto activo sabe el origen ilícito de los bienes, activos, dineros que pretende lavar. No basta con tener un conocimiento del origen ilícito de los bienes, se requiere, además, que el sujeto tenga voluntad, exprese un fin determinado en su actuar, siendo este, la voluntad de introducir al trafico regulado de los bienes, activos, dineros, aquellos que sabe tienen una procedencia ilícita.

[102] Ver. Prado Saldarriaga. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*. Ed. Juridica Grijley: Lima, 2007.
[103] Blanco Cordero, Isidoro. *EL delito de blanqueo de capitales, 2ª ed. Ed.* Thomson: Navarra, 2002.
[104] Rosas Castañeda, Juan Antonio. *La prueba en el delito de lavado de Activos*. Gaceta Jurídica: Lima, 2015.

Esa comprensión del sujeto activo, ha de recaer sobre la comprensión que se tiene sobre el origen ilícito de bienes, ganancias, dineros que se buscar convertir, transferir, ocultad su origen al margen de lo legal, para darle apariencia de legalidad a dichos bienes y activos.

Ese conocimiento es un conocimiento especial, pues los elementos del tipo penal del Delito de lavado de dinero y de activos, se configuran como elementos normativos, ya que no es suficiente la percepción en la esfera del profano, para comprender el contenido normativo del tipo penal. De ahí que, para la acreditación del conocimiento, esto es, de la imputación subjetiva que se realiza al sujeto activo a título de dolo, ha de requerirse que se lleve a la certeza del juzgador la intención del sujeto de darle apariencia de legalidad a los bienes, activos, dineros de origen ilícito. Por lo que, el fin del suejto activo es evitar el descubrimiento e incautación de los bienes de procedencia ilícita. "Además del dolo directo la norma penal establece que solo basta para la acreditación del dolo de una presunción de conocimiento"[105]

Las acciones requeridas por nuestra legislación, a modo de ejemplo, son *depositar, retirar, convertir o transferir* (de las contenidas en el art. 4 de la Ley contra el Lavado de Dinero y de activos) sobre dichas acciones ha de recaer el conocimiento del dolo; siendo la finalidad de dichas acciones *ocultar o encubrir,* es decir, la voluntad dolosa se expresa en esa finalidad. Para Aránguez Sánchez, "en el cso del delito de blanqueo de capitales hay uno de los elementos del tipo cuyo conocimiento ha sido resaltado por el legislador: el conocimiento de que el bien tiene su origen en un delito grave"[106]

Gálvez Villegas, nos indica que el delito de lavado de dinero y de activos, exige "que el agente debe tener conocimiento y voluntad que los bienes que convierte, transfiere, oculta o tiene en su poder tienen un origen ilícito"[107]

Para la doctrina mayoritaria, la configuración culposa o imprudente del delito de lavado de dinero y de activos, no es procedente. No obstante, el legislador salvadoreño, ha establecido en el art. 8 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, el tipo penal de encubrimiento culposo. La culpa en este caso, se atribuye a los sujetos obligados del art. 2 de la misma ley,

[105] Rosas Castañeda, Juan Antonio. *La prueba en el delito de lavado de Activos*. Gaceta Jurídica: Lima, 2015.
[106] Aránguez Sánchez, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Marcial Pons: Madrid, 2000. Pág. 265.
[107] Gálvez Villegas, Tomás. *El delito de lavado de activos*. Grijley: Lima, 2004. Pág. 60.

o bien, a los organismos fiscalizadores o de supervisión, lo cual plantea la importancia del compliance en el ámbito de lavado de dinero y de activos. Pues, los sujetos activos de esta configuración culposa, tienen el deber jurídico de informar toda actividad sospechosa, y la omisión implicaría en incurrir en el delito de lavado de dinero y de activos por culpa, lo que nos llevaría a indicar que estaríamos ante una figura de comisión por omisión por parte de los sujetos obligados.

B. 3. EL ERROR DE TIPO EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS.

En principio el sujeto activo debe conocer que, con su conducta, está realizando el elemento objetivo del tipo. El error, que implica un desconocimiento en el actuar del sujeto activo del delito, conllevaría a la exclusión del dolo en el tipo penal. El articulo 28 del Código Penal, en su inciso primero contiene el error de tipo, en la legislación salvadoreña. Como consecuencia, de la existencia de un error de tipo acreditado, se excluye el dolo, y se puede sancionar la conducta como culposa.

En la legislación salvadoreña el tratamiento del Delito de Lavado de Dinero y de Activos, implica una configuración subjetiva dolosa, por lo que, si recae un error sobre el hecho constitutivo de la infracción penal del art. 28 C Pn, estaríamos frente a un error de tipo en el lavado de Dinero y de Activos: Si el error es invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal, se excluiría la responsabilidad penal; y si el hecho es vencible, el delito de lavado de dinero y de activos, sería sancionada como una acción culposa. Haremos un breve análisis de las situaciones en las que ha de concurrir el error de tipo en el Delito de Lavado de Dinero y de Activos.

a. Representación errónea de la procedencia ilícita de los bienes.

Un error típico en este supuesto, implica que el lavador se representa que la procedencia del bien, es una procedencia legal, licita. Aquí tiene especial importancia lo elementos descriptivos del tipo, lo que conlleva un análisis de la conducta del lavador, desde la esfera del profano, una representación que un ciudadano común podría tener sobre el lavado de dinero.

b. valoración errónea de los hechos de los que proceden los bienes.

Los elementos normativos del tipo penal del Lavado de Dinero y Activos, aquí tiene especial relevancia, pues el lavador, ha de ser consciente de dichos elementos, y partirá en su actuar de una valoración especial de su actuar. El conocimiento exigido en el lavado, requiere que el lavador conozco el alcance o significado social de su actuar.

C) ANTIJURIDICIDAD, CULPABILIDAD Y PUNIBILIDAD DEL DELITO.

C. 1. LA ANTIJURIDICIDAD.

Una vez determinada la conducta típica, se ha de analizar ***la antijuridicidad*** de aquella. Es decir, se ha de constatar que la conducta típica ha infringido la norma de carácter penal. La antijuridicidad constituye el segundo momento valorativo[108]. En esta segunda categoría de la teoría del Delito, se ha de establecer que la conducta es contraria al ordenamiento jurídico. Por un lado, la incompatibilidad de la conducta con el orden normativo, se determina a través de la afección al bien jurídico *imputable a la situación de riesgo que el autor ha creado con su comportamiento típico,* y por la otra, que la conducta típica no ha sido realizada bajo ciertas y determinadas circunstancias[109].

La tipicidad es *ratio cognoscendi*[110] y no *ratio essendi*[111] de la antijuridicidad. La antijuridicidad está determinada por normas de prohibición y mandato, establecidas en los códigos penales, pero no ha de reducirse únicamente a esta área del ordenamiento, sino que se ha de partir de una visión global de la misma, para comprenden en su cabalidad la antijuridicidad, como aquello contrario al ordenamiento jurídico.

La antijuridicidad, nos indica Bustos Ramírez, es un juicio valorativo que pone en relación a todo el ordenamiento jurídico y en particular al derecho penal con este[112].

La norma penal especial que es la Ley Contra el Lavado de Dinero y Activos, determina, aquellas conductas típicas del delito de Lavado, como arriba se ha mencionado. La tipicidad

---

[108] Bustos Ramírez, Juan José y Hernán Hormazábal Malareé. Lecciones de Derecho Penal, parte general, tomo II. Editorial Trotta: Madrid, 1999

[109] idem

[110] Se comprende por *ratio cognoscendi*, que el tipo penal es un indicio de la existencia del delito, previo a la antijuridicidad.

[111] La ratio essendi compre al tipo penal como un elemento más de la antijuridicidad, y por lo tanto la valoración de ambas ha de ser una sola valoración.

[112] Bustos Ramírez, Juan José y Hernán Hormazábal Malareé. Lecciones de Derecho Penal, parte general, tomo II. Editorial Trotta: Madrid, 1999

como ratio cognoscendi de la antijuridicidad del delito de Lavado, ha de estar determinada por el quebrantamiento del deber general de todo ciudadano a respetar normal funcionamiento del orden económico establecido en la Constitución de la República.

Error de prohibición, como se menciona arriba, el código penal regula en su art. 28, dos formas de error, el error de tipo y error de prohibición, corresponde aquí tratar este último. "*El error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal o de una causa de exclusión de la responsabilidad penal, exime de ésta. Si el error fuere vencible, se atenuará la penal en los términos expuestos en el articulo 69 de este código*" reza el articulo 28 inc. 2º del Código Penal.

Siguiendo a Roxin y Jescheck, Blanco Cordero, nos indica que se produce un error de prohibición cuando el autor, pese al conocimiento total de las circunstancias del injusto, no sabe que su comportamiento no está permitido[113]. Siendo este un error sobre la antijuridicidad del hecho.

Si error es un desconocimiento, en la antijuridicidad, se ha de valorar el desconocimiento del sujeto activo. *El error sobre la existencia de una prohibición,* el lavador conoce la procedencia ilicita de los bienes, pero desconoce la prohibición de su conducta; *error sobre las causas de justificación*, conocido también como error indirecto de prohibición, pues el sujeto activo cree erróneamente que con su actuar concurre una situación objetiva de justificación.

C. 2. CULPABILIDAD.

El injusto penal está integrado por la conducta típica antijuridica, por lo tanto, en su valoración, se hace un juicio de reproche al hecho en sí; La culpabilidad, es un juicio de reproche que se realiza sobre el sujeto actuante, a quien se le imputa hecho valorado como *injusto personal*. De ahí, que el principio que garantiza el derecho penal a la culpabilidad, es el *principio de culpabilidad por el hecho*.

[113] Blanco Cordero, Isidoro. *EL delito de blanqueo de capitales, 2ª ed. Ed.* Thomson: Navarra, 2002.

La culpabilidad, requiere que el sujeto actuante, esté motivado y tenga sus facultades físicas y psíquicas desarrolladas normalmente, y que pueda dirigir su conducta por las normas establecidas. Quien carece del desarrollo suficiente por sufrir enajenación mental, desarrollo psíquico retardado o grave perturbación de la conciencia (art. 27 num. 4 C. Pn) queda excluido de responsabilidad penal.

La culpabilidad en el Delito de Lavado de dinero, ha de estar aun determinada por el nivel de conocimiento, o posición social de quien se dedique a esta actividad criminal.

D) ETAPAS QUE INTEGRAN EL LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS.

El delito que nos ocupa, tiene la connotación de ser un proceso, es decir, que para el lavado de activos se requiere ciertas etapas para lograr la asimilación de los bienes de origen ilícito, con la circulación legal en la economía regulada de un país.

D. 1. COLOCACIÓN.

Esta etapa, comprende aquellas conductas que van encaminada a introducir el dinero al sistema financiero de un país. En este momento, se utiliza el sistema bancario para realizar esta operación, por lo que, el blanqueado busca como principal destino, aquellos sistemas en los que las exigencias de regulación del sistema financiero son mínimas. En esta fase, los lavadores se desprenden de fuertes sumas de dinero que proceden de actividades ilícitas. Nos indica Caparrós que se deposita el dinero fraccionadamente, es decir, en cantidades poco significativas que no generan sospechas en las operaciones financieras y que no son susceptibles de informes a las instituciones que combaten el Lavado de dinero[114]. Se utiliza, además, instituciones no financieras pero que en sus operaciones diarias utilizan grandes cantidades de dinero, como casinos, supermercados, hoteles. Aquí directamente el dinero, de procedencia ilícita es mezclado con el dinero ilícito, lo que complica la detección del origen ilícito de los bienes.

D. 2. ENSOMBRECIMIENTO.

[114] Fabián Caparrós. *El delito de Blanqueo de capitales*. Ed. Colex: Madrid, 1998. Pág. 114.

El Ensombrecimiento, consiste en el ocultamiento de los bienes de procedencia ilícita, los cuales son colocados en el sistema financiero mediante una cantidad numerosa de transacciones. El fin perseguido por la multitud de transacciones realizadas, es ocultar el origen de los activos, con el propósito de tornar difícil el rastreo de los bienes de origen ilícito. El mecanismo preferido, por el lavador, es la transferencia electrónica, pero no es el único medio utilizado, se puede recurrir ha la compra de un bien sobrevalorado, el que luego es vendido; se utiliza sociedades fachada, para la realización de las transacciones económicas.

D. 3. INTEGRACIÓN.

Etapa de legitimación plena de los bienes de origen ilícito, aquí ya tiene plena legitimidad en la economía el dinero proveniente de actividades ilícitas. Se retorna los bienes lavados, con apariencia de legalidad, por medio de utilidades de las inversiones; obtención de créditos ficticios; emisión de facturas de importación o exportación; reinversiones de ahorros; cobro de seguros; plusvalía en el mercado de valores; la ganancias o premios de juegos de azar o apuestas[115]

E) TIPOLOGÍAS PARA LA REALIZACIÓN DEL LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS.

Las tipologías del delito de Lavado de Dinero y de Activos, hace referencia a las diferentes técnicas utilizadas por los lavadores, para darle apariencia de legalidad, a los bienes de procedencia delictiva.

La oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito[116], ha establecido una serie de tipologías utilizadas por los grupos criminales, para darle apariencia de legalidad a bienes de ilícita procedencia.

Empresas fantasmas, los grupos criminales constituyen legalmente empresas que no realizan ni un giro económico, pero son utilizadas para comete hechos delictivos.

[115] Percy García Cavero. *El delito de lavado de activos*. Jurista Editores: Lima, 2013.
[116] https://www.unodc.org/lpomex/uploads/documents/Campanas/INF_LAVADO_DINERO_tipologia_compressed.pdf

Pitufeo, hace referencia a la serie animada para niños Pitufos, para hacer referencia a aquellas pequeñas transacciones que no generan sospecha en el sistema financiero.

Compraventa de bienes, los bienes vendidos se venden a un precio inferior al mercado, liberando grandes cantidades de dinero licito.

Prestamos, la simulación de prestamos es habitual, pues el lavador por medio de esta figura financiera, se endeuda paga lo adeudado en poco tiempo y así da apariencia de legalidad al dinero de procedencia ilícita.

Pólizas de seguro, es usual el uso de la contratación de pólizas para empresas fachada, las que luego se declaran en quiebra para cobrar los montos de las pólizas contratadas.

Mula, es el medio mas arcaico utilizado por los grupos criminales, pues se valen de la pobreza de muchas personas, a las que les pagan una cantidad considerable de dinero para transportar droga, en su uso más habitual.

Delitos informáticos, los medios informáticos utilizados como malware o phishing, en los cuales los grupos delictivos estafan a las victimas utilizando las tecnologías de la información.

Testaferros o prestanombres, esta figura es utilizada comúnmente, en la cual personas prestan su identidad sus datos generales al lavador a fin de obtener un beneficio económico.

En El Salvador, la UIF[117] siguiendo la recomendación 29 del GAFI, ha subido una serie de tipologías utilizadas en el país, por los grupos criminales, así son utilizadas empresas fachadas, el sistema financiero, delitos de estafa utilizando instituciones financieras, estafas utilizando redes sociales o criptoactivos como medios de pago.

F) LA PREVENCIÓN PARA EVITAR LA COMISIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y DE ACTIVOS.

La represión de la actividad delictiva de lavado de dinero y de activos por medio del Derecho penal, no ha demostrado suficiente eficacia en el combate de este fenómeno criminal, por lo

[117] https://www.uif.gob.sv/tipologias/#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20son%20las%20tipolog%C3%ADas%20de,para%20financiar%20sus%20actividades%20criminales. Consultada el 21 de enero del 2024

que, los Estados deben recurrir a políticas criminales que se apoyen del derecho administrativo para detectar y prevenir el fenómeno criminal.

La Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos -LCLDA-, creo en su artículo 3 la Unidad de Investigación Financiera -en adelante UIF-, como oficina primaria adscrita a la Fiscalía General de la Republica. Desarrollándose ampliamente en la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la Republica en su título IV, del articulo 70 al 76-A.

Las funciones de la UIF son la recepción, análisis y diseminación de la información para el combate del delito de Lavado de Dinero y de Activos, dicha información proviene de los sujetos obligados, determinados en el art. 2 de la LCLDA. Si de la información que obtiene la UIF, se presume que las operaciones de una sociedad o persona, son objeto del delito de Lavado de Dinero y de Activos, se informa al Fiscal General para que inicie las acciones penales correspondientes.

F. 1. LOS SUJETOS OBLIGADOS.

El artículo 2 de la LCLDA, establece un catálogo de sujetos obligados a informar a la UIF toda actividad sospechosa de configurarse como Lavado de Dinero y de Activos. Dicho artículo obliga tanto a personas naturales como jurídicas.

La calidad de sujeto obligado.

En El Salvador, la ley obliga únicamente a las personas y empresas de carácter privado, distinto en otras legislaciones como la peruana, que tiene como sujetos obligados a las instituciones públicas. El denominador común de todos estos sujetos, es la relación directa con actividades que pueden ser objeto de utilización por grupos criminales, que desean introducir el dinero de procedencia ilícita, al sistema financiero o económico del país.

Sujetos obligados a nombrar un oficial de cumplimiento.

La ley obliga a nombrar y capacitar oficiales de cumplimiento, que serán las personas obligas a informar a la UIF toda operación sospechosa. Lo que nos conlleva a expresar la importancia de un tema de mucha actualidad, “el compliance”. La labor del oficial de cumplimiento no se limitará a ser un informante de la UIF, sino que ha de poder identificar clientes que generan

riesgo a la actividad empresarial, analizar operaciones de riesgo y organizar un sistema de prevención de riesgos, es decir, implementar programas de cumplimiento normativo en la empresa, para prevenir la utilización de estas para el lavado de dinero y de activos.

Sujetos obligados a comunicar cierto tipo de operaciones.

Por otro lado, existe un grupo de sujetos obligados a informar ciertas operaciones sospechosas, que superen el umbral de $10 mil, pero no son obligados a nombrar y capacitar oficiales de cumplimiento en su seno. El común denominador de estos sujetos, es que son profesionales que ofrecen sus servicios en el libre ejercicio de sus profesiones, que directamente se encuentran relacionados con asesorías legales para evitar controles jurídicos (abogados); la creación de sociedades fachada (notarios); o bien, consultorías que impliquen consejos para la mejor manera de evadir controles económicos de los bienes de ilícita procedencia (contadores, auditores).

F. 2. DEBERES DE LOS SUJETOS OBLIGADOS.

El capítulo III de la LCLDA, establece una serie de obligaciones que deben cumplir los sujetos obligados por la ley.

En primer lugar, los sujetos obligados, deben *informar a aquellos clientes o usuarios* que, en el término de un mes, realicen operaciones que superen el umbral establecido en la ley superiores a los $10 mil (art. 2 y 9 LCLDA), independientemente si son o no sospechosas de operaciones que conlleven la realización del delito de Lavado de Dinero y de Activos. Esto implica un deber de verificación.

En segundo lugar, se impone el deber de informar operaciones sospechosas o inusuales a la UIF, estableciendo un plazo de 5 días (art. 9-A LCLDA).

En tercer lugar, se impone la obligación de implementar programas de debida diligencia interna en las sociedades respectivas, en las cuales se puedan implementar.

3.2. ANÁLISIS DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO Y ACTIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENA ECONÓMICO EN EL SALVADOR.

A) PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA PERSPECTIVA.

La institucionalidad, es parte fundamental de todo Estado. La constitución consagra en su seno aquellas normas básicas para la convivencia social, a efecto de garantizar la paz social, la convivencia entre ciudadanos, con el propósito de lograr el desarrollo material y espiritual de cada ser humano, organizando la vida social a través del sistema político y de instituciones para lograr los fines del Estado.

Una de las áreas más vitales de cada sociedad, es su economía, pues a través de ellas los Estados logran el desarrollo frente a otros Estados, y su independencia. De ahí que los Estados determinen instituciones sociales, constituidas por normas de rango constitucional e instituciones propiamente dichas, para la consecución de los fines económicos de las sociedades. El Estado Salvadoreño, no ha optado por determinar en su sistema económico una orientación liberal o socialista en su economía.

Por lo que, al interesarnos por el Delito de Lavado de Dinero y de Activos, nos hemos de referir como esta actividad delictiva interfiere en la institucionalidad económica del Estado, minando su orden económico, corrompiendo su institucionalidad.

El análisis del Delito de Lavado de Dinero y de Activos, ha de enmarcarse en el estudio del Derecho penal económico. La gravedad de tal actuar delictivo, no ha de resolverse con el marco tradicional del derecho penal, sino mas bien, se ha de recurrir a la modernización del Derecho penal[118], y sus nuevas orientaciones doctrinarias. La construcción del concepto de Derecho penal moderno lo constituye la *criminalidad económica* como fenómeno empírico pre-jurídico que interesa al Derecho penal[119].

[118] Luis Gracia Martin, presenta una idea brillante sobre la asunción de la modernización en el derecho penal, parte de hacer una critica a las posturas negadoras de la modernización del derecho penal en Alemania. La modernización del Derecho penal, ha de tener por objeto de estudio el moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos. Ver, Luis Gracia Martín. *Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno derecho penal económico y empresarial de los poderosos*. Indret, 3/2016.
[119] Gracia Martin, Op Cit. Pg. 95

Desde los estudios criminales de Edwin Sutherland en su libro el delito de cuello blanco, la doctrina ha desarrollado su objeto de análisis enfocándolo a un sector poco estudiado por e Derecho penal, los delitos cometidos por grupos sociales de condición económica poderosa. De ahí que la modernización del Derecho penal se incline por el estudio de esta forma de delincuencia, que afecta las estructuras económicas mas que la criminalidad común.

En ese marco de ideas, se ha de ubicar al Delito de lavado de dinero y de activos, como una forma de criminalidad económica, y su combate no ha de realizarse por técnicas clásicas de investigación y represión del delito, sino por medios mas sofisticados, así como de sofisticado es este delito.

B) EL ORDEN ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR.

Para Blanco Cordero, el bien jurídico protegido por el delito de Blanqueo de capitales -tal como lo denomina- ha de partir de una visión teleológica[120]. Considera que el bien jurídico tiene una orientación a la protección del orden socio-económico, como lo ha configurado el legislador español.

Considera que el bien jurídico, no podría ser la salud pública, porque sería *restringir* el bien jurídico, únicamente como consecuencia de las actividades relativas a las drogas; asimismo, si se amplía el bien jurídico a la protección del Estado, sería ampliar en demasía la configuración legal del bien jurídico protegido en este hecho delictivo.

Siguiendo lo determinado por la Convención de Viena, Blanco Cordero, considera acertado que se opte por considerar el bien jurídico protegido por el delito de lavado de dinero y de activos es uno de naturaleza económica. Los ataques contra el orden económico pueden llegar a impactar sobre la moneda de los Estados perturbando el normal funcionamiento de los mercados financieros[121].

[120] Blanco Cordero, op cit. Pág. 215.
[121] Blanco Cordero, Isidoro. *EL delito de blanqueo de capitales, 2ª ed. Ed.* Thomson: Navarra, 2002.

Consideramos la visión de Blanco Cordero adecuada a nuestra realidad salvadoreña. El orden económico de EL Salvador, se encuentra regulado en la Constitución de la Republica del art. 101 al art. 120.

C) ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL ORDEN ECONÓMICO.

C. 1. LIBERTAD ECONÓMICA.

El art. 102 de la Constitución de la Republica, permite la libertad económica, pero dicha libertad se garantizará en lo que no se oponga al interés social. El grado de libertad económica será menor en el contexto de una economía con un alto nivel de inestabilidad político-institucional[122]. Qué se debe entender por libertad económica.

Frente al Estado el individuo tiene una relación de subordinación, por el imperio del Estado y su soberanía. La libertad económica, correspondería a la autonomía y libre determinación que un individuo posee frente al Estado, sin que el Estado intervenga en sus actividades, ni imponga una actividad económica regulada. Dicha concepción, según la Constitución de la Republica es la correcta, pero la libertad económica del individuo no ha de afectar el interés social.

C. 2. LIBERTAD DE EMPRESA.

La libertad de empresa, está permitida en la Constitución de la Republica, art. 110, reza: *a fin de garantizar la actividad empresarial y proteger al consumidor*. La libertad de empresa designa la posición de la empresa en una economía de mercado libre, en la cual, la intervención del Estado es mínima, o bien, el Estado no puede intervenir en la libertad interna de una empresa, orientar su ciclo económico producción, distribución y consumo. La libertad de empresa es uno de los pilares fundamentales del capitalismo, dirigida por la ética del trabajo.

C. 3. LIBRE MERCADO.

[122] Fernández Cornejo, José Andrés. Libertad económica, crecimiento y convergencia. Documentos de trabajo de la facultad de ciencias económicas y empresariales. N. 12, 1997.

El mercado libre, las mercancías fluyen de un lugar a otro, es el sistema de autorregulación de los precios por el mercado, sin la intervención del Estado. Los precios del mercado se fijan entre el vendedor y comprador, dependiendo las variaciones y fluctuaciones de mercado, es la realización de la oferta y la demanda.

C. 5. EL INTERÉS DE LOS CONSUMIDORES.

Los consumidores, son un eslabón importante en el ciclo productivo, pues en ellos se realiza y completa la economía. Sin consumidores, el mercado no tendría razón de ser, pues se produciría para acumular las mercancías; con consumidores, las mercancías producidas son consumidas, satisfaciendo las necesidades diversas de los consumidores.

De ahí que los consumidores tengan intereses en el mercado. Nuestra Constitución de la República, regula el interés de los consumidores (art. 110 inc. 2º) prohibiendo las practicas monopólicas. Frente a las practicas monopólicas, los intereses de los consumidores se ven afectados, pues los precios dependen de la voluntad del que posee el monopolio de la producción de algo, fijando precios.

D) LA SUBSIDIARIA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA.

La Constitución de la República en su título V establece el Orden Económico en El Salvador. En el articulo 101 dice, "*el orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social".* El Estado salvadoreño no opta por un estado liberal, sin intervenir en la economía; ni por una opción socialista, de una economía planificada. Podemos observar, que de la estructura imperativa del art. 101, el orden económico ha de estar dirigido hacia principios de justicia social.

Si por justicia social entendemos que *es la justicia por excelencia del bien común en cuanto fin del Derecho y responde al orden natural de configuración social de la propia sociedad y del Estado, configurado por grupos sociales naturales*[123]. Dicha concepción, deviene de la década del 50, época de superación de regímenes totalitarios, y países como Alemania e Italia

[123] Mirete Navarro, José Luis, *la justicia social como correctora de la justicia protectiva*, anuario de filosofía del derecho, No 13-14, 1996-1997, p. 739.

optan por configurar en sus constituciones, un proyecto de Estado, mas inclinado hacia la justicia social de sus pueblos.

Esa orientación al deber del orden económico, implica que, si no existe una guía por principios, el Estado puede intervenir subsidiariamente la actividad económica del país. La *intervención pública en la economía* sería el conjunto de técnicas que pueden operar tanto para restringir como para abrir y crear mercados, marcando y delimitando de este modo la dirección económica de un país[124].

EL Estado en la Constitución de la República está habilitado para intervenir la actividad económica, se regula la expropiación (art. 106 Cn); el Estado podrá tomar a su cargo servicios públicos cuando el interés social así lo exija (art. 110 inc. 4º); el Estado podrá administrar las empresas que presten servicios esenciales a la comunidad (art. 112 inc 1º).

E) LOS LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA.

El Estado Constitucional, parte de reconocer la Constitución como una norma suprema y fundamental. Es suprema, porque se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, estableciendo principios y garantías para el ser humano en sus dimensiones individuales y colectivas; es fundamental, porque nutre de validez todo el ordenamiento jurídico.

La institucionalidad del Estado, se mira limitada en su actuar por las facultades y limites que la Constitución establece. Por lo que, para comprender los limites del Estado en la actividad económica hemos de saber que existen garantías a la libertad económica (art. 102), reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social (art. 103), procede la expropiación por causa de utilidad publica -lo que limita el poder de los gobernantes de turno- (art. 106).

[124] Saura Fructoso, Carlos. *Análisis general de las técnicas de intervención del Estado en la economía*. Revista Digital de Derecho Administrativo, N. 14, 2015. Pag. 29.

CAPITULO 4:

ANÁLISIS DEL INSTRUCTIVO DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPUBLICA.

Sumario: 4.1 Generalidades. 4.2 Instrucción para Sujetos Obligados para aplicar Políticas para la Prevención, Control y Detección. 4.3. Adopción de medidas de Debida Diligencia por parte de los Sujetos Obligados con base en las recomendaciones del GAFI. 4.4. Instrucciones para el Control, Seguimiento y Detección de Operaciones Inusuales. 4.5. Instrucciones para la Determinación y el Reporte de Operaciones Sospechosas. 4.6. Instrucciones para el Reporte de Operaciones en Efectivo u Otro Medio.

4.1 GENERALIDADES:

Previo a iniciar con el análisis es necesario sentar las bases sobre el origen de la Unidad de Investigación Financiera, para ello hay que remontarse a 1989 el Grupo de los siete creó en ese año el Grupo de Acción Financiera Internacional-en adelante GAFI- los motivos de dicha creación no son objeto de esta tesis, pero si las mundialmente conocidas 40 recomendaciones del GAFI, que son los estándares internacionales sobre la lucha contra el Lavado de Dinero y de Activos, Financiación del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva [125] - en adelante LA/FT/FPADM- estándares que han sido revisados periódicamente desde esa fecha, lo que llevó al GAFI a emitir notas interpretativas; sin embargo, después de los acontecimientos acaecidos en el 2001 se adicionaron más recomendaciones, esta vez relacionadas con el financiamiento del terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva, estándares que están siendo constantemente actualizados adaptándose a las nuevas tecnologías.

En concordancia con lo mencionado, en la recomendación 29 el GAFI dice que los países *deben establecer una Unidad de inteligencia Financiera* –en adelante UIF- como *un centro nacional para la recepción y análisis de: (a) reportes de transacciones sospechosas; y (b) otra información relevante al lavado de activos, delitos determinantes asociados y el*

[125] Grupo de Acción Financiera Internacional, Estándares internacionales sobre la lucha contra el Lavado de Dinero y de Activos, Financiación del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, https://www.fatf-gafi.org/en/home.html , 28/10/2023.

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[126].

En secuencia con el estándar, la Unidad de Investigación Financiera de El Salvador se creó por medio de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos- en adelante LCLDA- publicada en el diario Oficial número 240, tomo 341 del 23 de diciembre de 1998, *como una Oficina primara adscrita* a la Fiscalía General de la República (art.4)- en adelante FGR- sin mencionar el objetivo, pero sí una remisión a la Ley Orgánica del Ministerio Público, refiriéndose a la Ley Orgánica de la FGR.

La remisión legal indicada en el párrafo anterior irremediablemente exige revisar la Ley orgánica de la FGR, encontrándose un título IV denominado *de la Unidad de Investigación Financiera,* que inicia en el artículo 70 que dice *el Fiscal General organizará y dirigirá la Unidad de Investigación Financiera, UIF, para la investigación del Delito de Lavado de Dinero y de Activos, es una Oficina primara adscrita a la Fiscalía con dependencia funcional del Fiscal General*, en el artículo 72 se desarrollan las atribuciones de la UIF, los siete numerales contienen funciones encaminadas a la actividad de Prevención del Lavado de Dinero, las cuales están en sintonía con la recomendación 29, es importante evidenciar la diferencia entre ambos artículos debido a que en materia de Lavado de Dinero existe una diferencia entre la investigación del delito y las actividades específicas para la prevención del Lavado de Dinero, que es la instancia previa a una investigación penal como tal; sin embargo, el artículo 70 de la Ley Orgánica de la FGR no ha sido reformado.

En consecuencia a los estándares internacionales, El Salvador registró que la Unidad de Investigación Financiera emitió su primer instructivo el 16 de julio del año 2001, en el Diario Oficial, tomo 400, de fecha uno de julio de dos mil trece, que publicó el acuerdo número 085 de la Fiscalía General de la República, en aquel momento, contenía un Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos, leyéndose en el artículo 25 *que con ese acuerdo, se derogaba el Instructivo de la Unidad de Investigación Financiera para la Prevención del Lavado de Dinero y de Activos*

[126] Ídem pág. 23.

en las Instituciones de Intermediación Financiera[127],del año 2001, no es el objeto de esta tesis revisar esos instructivos derogados, pero si enfatizar la secuencia cronológica sobre los mismos que permita descansar el análisis del instructivo vigente que es objeto de este capítulo.

El instructivo objeto de este análisis fue emitido por medio del acuerdo 360 de fecha veintidós de octubre de dos mil veintiuno, el Fiscal General de la República emitía este nuevo instructivo denominado *Instructivo para la Prevención, Detección y Control del Lavado de Dinero y de Activos, Financiación del Terrorismo y la Financiación de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva LDA/FT/FPADM* en adelante instructivo de la UIF[128], mismo que fue publicado en el Diario Oficial n° 205, del tomo 433, de fecha 2021, y no obstante que el artículo 93 dice que entraría en vigencia treinta días después de su publicación en el Diario Oficial, esa vigencia fue prorrogándose por medio de circulares[129], fue hasta el 7 de julio de 2023 que entró plenamente en vigencia y el 5 de septiembre del mismo año, el instructivo fue reformado, adicionándose numerales y/o literales, incisos y artículos, reformas que fueron emitidas por medio del acuerdo 476 de la Secretaría General de la Fiscalía General de la República.

En este capítulo se hará un análisis del contenido de dicho instructivo, tomando en consideración la normativa legal técnica aplicable en materia de prevención, sobre la base los estándares internaciones, es decir las 40 recomendaciones del GAFI, adoptadas por la mayoría de países.

---

[127] Unidad de Investigación Financiera, Instructivo de la UIF, https://www.uif.gob.sv/wp-content/uploads/instructivos/Instructivo-de-la-Unidad-de-Investigacion-Financiera-Acuerdo-No085Diario-OCicial, pagina 193.

[128] Unidad de Investigación Financiera, marco legal de prevención de LA/FT/FPADM. https://www.uif.gob.sv/

[129] Unidad de Investigación Financiera, Circular sobre Prorroga para Aplicación de Instructivo, https://www.uif.gob.sv/circular-sobre-prorroga-para-aplicacion-de-instructivo/ 23/octubre/2023.

4.2 INSTRUCTIVO DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN FINANCIERA.

Objeto.

En lo que respecta a este capítulo, las transcripciones literales del Instructivo se harán solo en la medida que el análisis lo requiera.

El artículo1 del instructivo dice que su objetivo es: a) d*esarrollar las obligaciones de los sujetos obligados*; b) *el control y reporte*; c) *la prevención de los delitos; d) lo que se tiene que entender por riesgo y e) la forma de evaluar las actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD) que se hará conforme a la regulación especial contenida en este instructivo,* todo ello se hará en cumplimiento a los Convenios, Leyes, Reglamentos y las Recomendaciones del GAFI; es decir todas las mencionados en el capítulo II de esta tesis.

De este artículo es sumamente importante destacar lo que el instructivo entiende por *riesgo,* que es la base de la estrategia de prevención de lavado de dinero y activos que implementarán los sujetos obligados, dice el instructivo: *para los efectos del presente instructivo, se entiende por riesgo de LDA/FT/FPADM la posibilidad de pérdida o daño que puede sufrir un sujeto obligado por su propensión o vulnerabilidad a ser utilizada directa o indirectamente o a través de sus operaciones como instrumento para el lavado de dinero o activos, canalización de recursos hacia la realización de actividades terroristas, financiación del terrorismo y de armas de destrucción masiva. El riesgo de LDA/FT/FPADM se materializa a través de los riesgos asociados, estos son: el legal, reputacional, operativo y de contagio a los que se expone el sujeto obligado, con el respectivo efecto económico negativo que puede representar para su estabilidad financiera cuando es utilizada para tales actividades.*

Es importante saber, indicar o establecer lo que es *riesgo*, porque al diseccionar la recomendación uno-en adelante R1- que se titula *políticas y coordinación ALA/CT*, *Evaluación de riesgo y aplicación de un enfoque basado en riesgo*, el grupo parte diciendo: *Los países deben identificar, evaluar y entender sus riesgos de lavado de dinero y*

financiación del terrorismo, sobre este tema, es importante saber que El Salvador no cuenta con una evaluación nacional de riesgo, así lo dijeron los evaluadores que realizaron la tercera ronda de evaluación mutua: *El Salvador no ha realizado recientemente una revisión a nivel nacional y bajo criterios metodológicos objetivos acerca de los riesgos de LA/FT, tampoco existen referencias sobre administración de riesgos en la legislación y regulaciones relativas a LD/FT que le permitan a las entidades reguladas graduar la rigurosidad de sus controles en función de riesgos*[130].

La evaluación de riesgo, de acuerdo al GAFI, es la estrategia más eficaz para que los países puedan prevenir el LD/FT, la recomendación indica que ***con base*** *en esa evaluación, los* ***países deben aplicar*** *el enfoque basado en riesgo (EBR) a fin de* ***asegurar*** *que las medidas para prevenir o mitigar el lavado de dinero y el financiamiento de terrorismo sean* ***proporcionales*** *a los riesgos identificados,* ese enfoque *debe* ***constituir un fundamento esencial*** *para la* ***asignación eficaz*** *de recursos en todo el régimen antilavado… y la implementación de medidas basadas en riesgo en todas las recomendaciones del GAFI,* las negritas son propias, véase como la organización aporta la "solución" al problema que genera el lavado de dinero y plantearon lo que para ellos significa la estrategia más viable de cómo responder al fenómeno.

El que El Salvador no cuente con una evaluación nacional de riesgo, no significa que el país no haya dado respuesta al fenómeno del lavado, en la misma R1 se indica a los países que *deben tomar acción incluyendo la designación de una autoridad o mecanismo para coordinar acciones para evaluar los riesgos y aplicar recursos encaminados a asegurar que se mitiguen los riesgos…,*la autoridad encargada de dicha coordinación es la Superintendencia del Sistema Financiero,-en adelante SSF- encargada de la Supervisión del Sistema Financiero, que entre otras obligaciones, realiza verificación de cumplimiento de la normativa de prevención; importante es señalar se está finalizando la cuarta ronda de evaluaciones mutuas[131], uno de los últimos países que está siendo evaluado es El Salvador,

[130] Unidad de Investigación Financiera, www.uif.gob.sv, https://www.uif.gob.sv/wp-content/uploads/gafi/10-Informe-de-Evaluacion-Mutua-3er-Round-SLV-Septiembre-2010-Final.pdf , página 4
[131] Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, https://www.gafilat.org/index.php/es/noticias.

por lo que se espera que en el próximo informe, julio 2024, los evaluadores indiquen que El Salvador ha superado la observación realizada por el GAFIC en septiembre 2010.

4.3 SUJETOS OBLIGADOS Y REGISTRO.

Es de iniciar este artículo con una pregunta, ¿Quiénes son sujetos obligados?, el artículo 2 del instructivo tiene dos incisos, dice el primero: *las disposiciones del instructivo son de estricto cumplimiento para los sujetos obligados del artículo 2 de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos, en adelante LCLDA;* el inciso segundo contiene básicamente la base sobre la que deben descansar los programas que los sujetos obligados deben adoptar para prevenir y detectar LDA/FT/FPADM.

En orden de incisos, es de referirse al primero, por lo que debe revisarse el art 2 LCLDA que contiene veinte numerales, se hará mención evitando la transcripción literal, la Ley los va dividiendo por sectores e inicia con: institución, grupo o conglomerado financiero, micro financieras, cajas de crédito, intermediarias financieras no bancarias, importadores o exportadores de productos o insumos agropecuarios, y de vehículos nuevos y usados, sociedades emisoras de tarjetas de crédito y relacionados, personas naturales o jurídicas que realicen transferencias sistemáticas, o sustanciales de fondos casas de empeño, y demás que otorgan prestamos, casinos y casas de juego, comercializadoras de metales y piedras preciosas, agencias de viaje empresas de transporte aéreo marítimo, quienes se dediquen a envió de remesas, empresas constructoras, empresas privadas relacionadas con armas de fuego y lo relacionada con ellas, empresas hoteleras, partidos políticos, proveedores de servicios societarios y fideicomisos, organizaciones no gubernamentales -ONG-, podemos decir que hasta este numeral, hay claridad sobre quienes son sujetos obligados; continúan los inversionistas nacionales e internacionales no se indican parámetros básicos de quienes exactamente o a quienes se considerará inversionistas; siguen las droguerías, laboratorios farmacéuticos o cadenas de farmacia, el penúltimo numeral dice: Asociaciones, consorcios y gremios empresariales, y finalizan con el numeral 20 que dice *cualquier otra institución privada o de economía mixta y sociedades mercantiles.*

Es válido, en este estadio considerar la posibilidad de cambiar la pregunta inicial y mejor preguntarse ¿Quiénes no son sujetos obligados?, porque la redacción del numeral

veinte básicamente incorpora a toda la actividad económica, si se revisa el Reglamento de la Ley de Lavado con la expectativa de encontrar indicadores, sino precisos, pero sí que contengan aristas más claras que permitan a la sociedad en general identificar si son o no sujetos obligados, no se van a encontrar, todas las remisiones sobre quienes serán considerados sujetos obligados nos llevan indiscutiblemente al art 2, si con la misma expectativa se revisa el Instructivo tampoco se encuentran respuestas; sin embargo, si es posible albergar la posibilidad de una posible respuesta en el inciso segundo.

El inciso segundo del artículo dos del instructivo dice: *los programas para prevenir y detectar el LDA/FT/FPADM que deben adoptar los sujetos obligados* ***deben*** *estar diseñados y adoptados teniendo presente lo dispuesto en el art 4 del reglamento de la LCLDA y de acuerdo con el* ***nivel de riesgo, características, naturaleza, estructura, operaciones y tamaño*** *de cada uno de los sujetos obligados en aplicación del enfoque basado en riesgo y del* ***principio de proporcionalidad*** *que desarrollan los estándares internacionales sobre gestión de riesgos y las recomendaciones del GAFI,* las negritas son propias.

¿Por qué este inciso podría ser una respuesta?, la clave radica en los programas de prevención y detección *LDA/FT/FPADM,* que tienen que estar diseñados conforme al nivel de riesgo, entonces es posible plantearse la posibilidad que la *institución privada o de economía mixta y sociedades mercantiles* realicen una evaluación de "su" riesgo basado en sus propias *características, estructura, operaciones y tamaño*, y que su riesgo de lavado sea inexistente o bajo, resultado que los desplazaría como sujetos obligados y por ello no sujetos a las disposiciones del Instructivo, entre las que se encuentran, como punto de partida, el registro en la Unidad de Investigación Financiera.

El párrafo anterior únicamente contiene un análisis mental lógico, que parte de la redacción del inciso segundo del artículo dos del instructivo, ejercicio mental que tendrá más claridad al analizar los artículos siguientes, relacionados con programas, Oficial de cumplimiento, auditoría, sistemas, códigos de ética, entre otras obligaciones que tienen que cumplir los sujetos obligados para cumplir con la normativa legal y técnica relacionada con la prevención; y si en dicha normativa existe una respuesta para todos aquellos "sujetos obligados" cuyo riesgo de lavado de dinero sea inexistente o bajo según su Enfoque Basado

en Riesgo-en adelante EBR- y que están contemplados en el numeral 20 de la LCLDA, el análisis mental lógico puede variar.

4.4 REGISTRO DE SUJETOS OBLIGADOS.

Artículo 3, en este artículo el instructivo, utiliza un término lapidario, dice: *todos los sujetos obligados* ***sin excepción*** *deben registrarse ante la UIF… y están obligados a mantener la información actualizada…y suministrar en el formulario información sobre sus beneficiarios finales.*

Con este artículo la Unidad de Investigación Financiera cerró cualquier posibilidad de análisis con respecto al numeral veinte del artículo 2 LCLDA, y de lo cual puede con determinación afirmarse que para la legislación salvadoreña cualquiera puede ser sujeto obligado y como obligación básica inscribirse en la UIF; sin embargo, será el análisis del posterior articulado que dará una respuesta más sólida sobre la posibilidad planteada con respecto a la evaluación de riesgo de cada sujeto obligado.

Especial atención refiere mencionar que de acuerdo al Boletín Estadístico 2023 publicado por la UIF en enero 2024 en su página web [132], se han registrado en la UIF 40,346 sujetos "obligados" de ese total el sector que tiene el mayor número reportado es el numeral 20 del artículo 2 LCLDA es decir *Cualquier otra Institución Privada o de Económica Mixta, y Sociedades Mercantiles* con 1834, lo que representa un 34.69% del total de sujeto obligados, este número representa una infinidad de interrogantes, pero la que mayor destaca es la pregunta de ¿Quién supervisa a estos sujetos?, dentro de esos conceptos tan generales de economía mixta y sociedad mercantil, cuántas de estas sociedades tienen operaciones y si los supervisores de ese rubro tienen la suficiente capacidad instalada para realizar la labor de supervisión, si las mismas no están siendo utilizadas como pantalla para legalizar fondos provenientes de acciones ilícitas, más que tranquilidad estos números generan preocupación que se traducen en una exigencia para las autoridades estatales a fin que garanticen una verdadera supervisión, que dependerá del funcionamiento operativo de cada sociedad y del estudio de riesgo.

[132] Boletín Estadístico, Unidad de Investigación Financiera https://www.uif.gob.sv/wp-content/uploads/2023/08/Boletin-Primer-Semestre-2023-UIF.pdf

4.5 APLICACIÓN DEL ENFOQUE BASADO EN RIESGOS-EBR:

Artículo 4, el inciso primero de este articulo parte diciendo que los sujetos obligados para cumplir con las obligaciones establecidas en la LCLDA deben aplicar el EBR lo cual consiste en: ***identificar, evaluar y entender sus riesgos de LDA/FT/FPADM,*** *y* ***aplicar*** *los recursos encaminados a* ***asegurar*** *que se* ***mitiguen eficazmente.*** *Las medidas* adoptadas deben ser proporcionales a los riesgos identificados, las negritas son propias.

Con este primer inciso debe irse estructurando una posible respuesta para, aquellos sujetos obligados incorporados en el numeral veinte, así: a) el sujeto obligado debe realizar una evaluación de riesgo, sobre la base de sus características, naturaleza, estructura, operaciones y tamaño, y b) el sujeto obligado debe aplicar un enfoque basado en riesgo para Identificar, evaluar y entender "sus" riesgos y lo más interesante de este inciso, las medidas que adopte deben ser proporcionales a los riesgos que identifique, debido a que el EBR es el fundamento que el sujeto obligado tiene para: asignar eficazmente recurso e implementar medidas basadas en el riesgo; con esta alternativa la UIF proporciona una solución razonable para los sujetos obligados que por sus características, naturaleza, estructura, operaciones y tamaño, no puedan cumplir con las obligaciones que exige la LCLDA, el reglamento e Instructivo UIF, dejando en el sujeto obligado la responsabilidad de probar ante el ente supervisor-dependiendo del sector- que sus actividades no son un riesgo de LDA/FT/FPADM y por ello el no cumplimiento de la normativa estaría debidamente justificada.

4.5.1 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Este principio contiene la posibilidad de la "proporcionalidad" de las medidas que se adopten con los riesgos identificados, si no hay riesgo no hay medidas; parafraseando el inciso tercero lo menciona con más claridad, porque indica que el EBR es a mayores riesgos igual a medidas intensificadas, riesgos menores igual a medidas simplificadas, todo ello documentado en la evaluación de riesgo; en el inciso cuarto se le insiste al sujeto obligado que considere todos sus factores, previo a determinar su nivel de riesgo, deja a criterio de los sujetos obligados el alcance de sus medidas.

En el inciso cinco se otorgan facultades a las autoridades de supervisión, fiscalización o vigilancia para verificar la eficacia de los programas adoptados, los perfiles de riesgo y las evaluaciones de riesgo, que son las que permiten al sujeto obligado, *la adopción de medidas simplificadas o el incumplimiento de medidas de prevención establecidas en el instructivo, en los casos que exista un bajo riesgo probado de LDA/FT/FPADM,* situación *que debe quedar* justificada y documentada en las evaluaciones sobre el riesgo llevadas a cabo por los sujetos obligados.

Con este inciso se da una respuesta definitiva a los sujetos obligados que estén contemplados en el numeral 20 del artículo 2 LCLDA, y todos aquellos que no tengan claridad sobre su situación, si su actividad económica no genera riesgo de lavado, tienen que registrarse sin excepción en la UIF; pero estarán exceptos de cumplir con las medidas de prevención que se contemplan en el instructivo si cuentan con una evaluación de riesgo cuyo enfoque este dirigido a identificar, evaluar y entender sus riesgos, si todo ello está debidamente documentado, sus obligaciones se limitan a estar registrado.

En el penúltimo inciso la UIF les indica a los sujetos obligados supervisados por la Superintendencia del Sistema Financiero, que para la aplicación del EBR deben cumplir las normas del Banco Central de Reserva-en adelante BCR- para la gestión de riesgos asociados a *LDA/FT/FPADM*

En el inciso final, el instructivo se lo dedica a la Financiación de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva FPADM, es válido preguntarse si en El Salvador puede darse este tipo de riesgo; la UIF sin mayores explicaciones indica que *para la evaluación de riesgo de FPADM los sujetos obligados podrán aplicar lo dispuesto en la Recomendación 7 del GAFI*- en adelante R7-, no explica el instructivo porque se sugiere a los sujetos obligados aplicar la R7, si la misma lo que indica es que los países deben implementar sanciones financieras, de acuerdo a resoluciones del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidad-en adelante ONU- que esas resoluciones exigen a los países que congelen sin demora los fondos o activos; a hora bien, de conformidad a la Ley, quien tiene potestad de "congelar fondos o activos" según el artículo 25 de la LCLDA es la Fiscalía, ósea al Estado, por lo que la Institución financiera no puede por iniciativa propia proceder a congelar nada, su facultad se extiende únicamente a enviar informes a la UIF.

4.6 INSTRUCCIONES GENERALES APLICABLES A TODOS LOS SUJETOS OBLIGADOS PARA APLICAR POLÍTICAS PARA LA PREVENCIÓN, CONTROL Y DETECCIÓN.

Con el nombre anterior se denominó en el instructivo al título II que está relacionada con las medidas preventivas a tomar en cuenta por los sujetos obligados, en este punto los riesgos de LDA/FT/FPADM ya están identificados, por lo que corresponde que el sujeto obligado tome las estrategias necesarias, precisas y eficaces para responder a los riesgos, a este bloque de medidas preventivas, establecidas en los estándares internaciones desde la recomendación 9 hasta la 25, y que se desarrollan en el instructivo a partir del artículo 5, contienen básicamente los elementos y/o pilares de un programa anti lavado de dinero y contra la financiación del terrorismo -en adelante programas ALD/CFT- de hecho la R18 indica *que los programas de las instituciones financieras deben incluir*, y menciona tres de los cuatro elementos que serán desarrollados sobre esa idea los elementos y/o pilares a los que se hace referencia son los siguientes:

1. Un sistema de políticas, procedimientos y controles internos.
2. Una función de cumplimiento designada a un responsable de cumplimiento.
3. Un programa de formación continua de empleados y
4. Una función de auditoría independiente para comprobar la eficacia general del programa

Este esquema se advierte de la forma como las recomendaciones y el instructivo desarrollan las medidas preventivas, como obligaciones de los sujetos obligados, el articulado se mencionará de acuerdo a como corresponda al pilar.

4.6.1 SISTEMA DE POLÍTICAS, PROCEDIMIENTOS Y CONTROLES INTERNOS.

El pilar relacionado con **sistema de políticas, procedimientos y controles internos,** es el pilar más amplio con respecto a la prevención y en el instructivo inicia en el artículo 5 que contiene la obligación del sujeto obligado de contar con *sistema de políticas, procedimientos y controles internos*, por un lado, para *orientar la actuación* desde sus directivos hasta todas las personas que de alguna u otra manera tengan relaciones con el

sujeto obligado, y por otro *adoptar, impulsar e implementar la política para la prevención, el control y la detección* de conductas de lavado de dinero, esta tarea corresponde *al órgano de mayor jerarquía del sujeto obligado o quien haga sus veces;* se advierte desde el inicio que se está dejando absolutamente claro, primero que ninguno de los miembros de la institución u organización queda fuera del compromiso de la prevención y segundo deja completa responsabilidad a la alta gerencia para asegurar que el sistema de prevención que aplique sea conforme a sus características, naturaleza, estructura operaciones y tamaño de su organización; el artículo 7 desarrolla todas las responsabilidades del órgano de gobierno de mayor jerarquía incluidas en 18 literales, en lo que estarían inmersos los cuatro pilares de un programa ALD/CFT, y que se irán desarrollando de acuerdo a los pilares.

La forma de aplicación se ese sistema parte desde la adopción de políticas que emita la alta gerencia, puesto que tienen que ser declaraciones claras y uniformes desde el alto nivel para toda la organización, aprobadas por ellos mismos, lo que va a reflejar, hacia los miembros de menor jerarquía, la responsabilidad y el compromiso de la organización; los procedimientos, es la forma como la organización decida desarrollar o poner en marcha sus políticas, los procedimientos por lo general son más detallados y tienen que estar revisándose y actualizándose con regularidad-esto depende de los hallazgos del pilar cuatro; los controles son las herramientas, entre ellas tecnológicas, que utilizará la organización para garantizar que sus políticas funcionen, identificando anomalías ya sea del propio sistema aplicado o relacionada con su propósito que es prevenir y detectar.

Dentro de este bloque, el instructivo ha indicado en el artículo 6, que la adopción de un Código de Ética de la organización es importante para generar desde el interior y entre sus miembros, un clima de valores éticos, ya que los primeros que deben estar inclinados al cumplimiento del sistema de prevención son sus propios miembros, este código impone a las instituciones la obligación de adoptar medidas de debida diligencia para la contratación de empleados.

Retomando el artículo 7 de las obligaciones del órgano de gobierno, que contemplan la creación de Oficinas, comités y otros, también impone el deber de conocer sobre informes, resultados de revisiones, reportes, planes de trabajo etc., con este artículo dirigido exclusivamente a las altas gerencias de los sujetos obligados, se les trasladó la

responsabilidad de prevenir el LD/FT/FPADM y además de conocer de manera directa si el sistema que implementen, funciona; a nivel administrativo podría considerarse como una pauta que le indique al sujeto obligado el cumplimiento de sus requisitos normativos; de acuerdo a la forma como está estructurado el artículo, no existe la posibilidad de que uno de los miembros de la alta gerencia pueda abstraerse de responsabilidad y conocimiento sobre el sistema de prevención que se implante en su organización.

Por pertenecer al mismo pilar, se analizará en este apartado el capítulo III del instructivo relacionado a las medidas de Debida Diligencia de los sujetos obligados, el articulo 10 parte de la obligación sobre *el nivel de riesgo inherente de los clientes y contrapartes, mediante la ponderación de las calificaciones de riesgo,* la institución debe basarse en que el cliente como tal ya es un riesgo y sobre esa inherencia, debe adoptar las medidas que sean necesarias para cumplir con su labor de prevención y detección para impedir que la acción de lavado de realice; el instructivo da parámetros que las organizaciones tienen que tomar en cuenta del cliente o contraparte que básicamente radica en los indicadores siguientes: la actividad que realice, los productos o servicios que Ofrece, los canales que utiliza, el área geográfica o jurisdicción, listas de cautela, las transacciones que realice, entre otros, sobre esa base la organización tiene que calificar al cliente y sobre esa calificación tomar las medidas correspondientes; el instructivo les indicó expresamente a los sujetos obligados *que la sola petición de información que haga la UIF sobre una persona natural o jurídica no debe ser considerado como criterio de riesgo inherente,* esta aclaración resulta interesante para evitar una calificación errónea de una cliente.

La calificación de riesgo inherente es indispensable porque determinará las acciones que tomará la organización con respecto al cliente, es decir la debida diligencia del cliente que implemente- en adelante DDC-, conocida también en los textos como *Know your costumer/client*-KYC-, los estándares internacionales le dedican a la DDC la recomendación 10-en adelante R10- más una extensa nota interpretativa que engloba los tipos de debida diligencia, los umbrales, las variables de riesgos por cliente, los riesgos menores y mayores, los momentos de verificación seguridad en cuando a la identidad, también incluye la forma como debe realizarse una DDC dependiendo de los tipos de servicios financieros que se presten, tipos de personas, estructuras jurídicas, los clientes representados, entre otros; es así

que establece las medidas simplificadas de DDC basadas en el nivel de riesgo del cliente, cliente con bajo riesgo se aplican medidas simplificadas[133], veamos lo que dice el instructivo.

Tomando como base las aristas proporcionadas en la R10 y sus notas interpretativas, encontramos que el artículo 12 del instructivo, establece las *medidas de debida diligencia estándar*-así las ha titulado- en las que indica que los sujetos obligados deberán tomar *medidas razonables*, para llevar a cabo procedimientos de debida diligencia, acorde con las *actividades, naturaleza, tamaño, operaciones y nivel de riesgo de los sujetos obligados*, de acuerdo al diccionario de la Real Academia estándar es: *características comunes de la mayoría*[134], según el instructivo esos procedimientos deben incluir: identificación del cliente o contraparte, investigación sobre la actividad económica, identificación de beneficiarios finales, verificación de listas de cautela de la Ley de Terrorismo, entrevista, declaración jurada, información tributaria, mercantil, contable, representaciones de sociedades, mantener el expediente físico del cliente o contraparte, verificación constante de listas de cautela de delitos financieros, financiación de terrorismo, verificar listados de países con baja o nula tributación, personas naturales calificados como Personas Expuestas Políticamente-en adelante PEP-,establecer volumen o movimiento de activos, y otras que establezca LCLDA, Ley Contra Actos de Terrorismo, instrucciones de la UIF y otras, todos estos indicadores desarrollados en nueve literales.

Resulta al menos curioso, leer el artículo 12 y advertir tres puntos; a) amplios márgenes de interpretación para el sujeto obligado, al utilizar la frase "medidas razonables"; b) amplia capacidad de decisiones del sujeto obligado, será la organización la que decida qué medidas aplicará; c) las medidas de debida diligencia se aplicaran dependiendo del riesgo del sujeto obligado, habiéndose establecido en el artículo 10 que la DDC debe aplicarse dependiendo del riesgo del cliente, no del sujeto obligado, porque el riesgo diferente, con la lectura del articulo pareciera que se han confundido los tipos de riesgo, de advertir la modificación más adelante se hará la advertencia, porque en la reforma del 05 septiembre 2023 en la que se adicionó un inciso al artículo doce, lo que se le indica al sujeto obligado es

[133] Grupo de Acción Financiera del Caribe, https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones. página 73
[134] https://www.rae.es/ consultada 23/01/2024

la obligación de identificar plenamente a la persona natural o jurídica, previo a iniciar la relación comercial.

Continúan el articulo 13 y 14 que establecen las medidas de Debida diligencia-en adelante DD- intensificada para contrapartes y clientes identificados como de alto riesgo y medidas de DD simplificadas para contrapartes y clientes identificadas como de bajo riesgo; existe un punto de coincidencia con respecto a estas medidas, la atención que el estándar y el instructivo piden del sujeto obligado es el *monitoreo de las operaciones*, el estándar las llama examen de las *transacciones complejas, inusuales y grandes,* de la simple lectura se advierte, que si un cliente tiene calificación de *alto riesgo,* deben examinarse sus transacciones/operaciones, su antecedente y el propósito-así lo indica el estándar, el instructivo dice que además de las medidas estándar-ya aplicadas- las medidas intensificadas que se recomiendan es información adicional de todos los componentes indicados en las medidas estándar y además, realizar entrevista del cliente, en relación a las personas jurídicas se debe elevar el caso a la alta gerencia, a fin que sea ésta autoridad quien decida si la relación comercial se mantiene o no, en la reforma se adicionó un literal con el que se traslada a la alta gerencia la decisión de continuar relaciones comerciales con clientes de alto riesgo, PEP, o sus familiares, véase como el instructivo básicamente compromete de forma directa a la alta gerencia, la responsabilidad recae en ese órgano de dirección, quienes en momentos determinados dependiendo de las decisiones que tomen, pueden acarrear responsabilidad administrativa, civil o penal.

Con respecto a la debida diligencia simplificada, de acuerdo al instructivo la simplificación sería la aceptación del cliente y monitoreo continuo, se mencionan algunos ejemplos: como verificación de identidad del cliente y beneficiario final, reducción de frecuencia de actualización de la identificación, reducción del grado de monitoreo continuo y examen de transacciones, no recolección de información específica de la relación comercial, que puede extraerse de la pura inferencia sobre los conceptos utilizados; estas medidas se aplicaran si el cliente es de bajo riesgo, mencionar que estos ejemplos son casi con exactitud, a las establecidas en la nota interpretativa; de esto pueden colegirse dos situaciones, una que tiene relación con el impacto que pueda generar en las evaluaciones mutuas, identificar que se tomó en cuenta los estándares para el instructivo y el otro que no

pueda utilizarse un ejemplo sobre la realidad financiera salvadoreña para ejemplificar una medida con cliente de bajo riesgo.

En las reformas se incluyó un articulo 14-A, titulado *aplicación de medidas*, el instructivo les indica a los sujetos obligados que deben aplicar medidas de DDC de acuerdo al riesgo del cliente, al darle lectura, encontramos que es la transcripción de varios de los párrafos de la recomendación 10 del GAFI, y contiene de forma general los momentos en los cuales el sujeto obligado puede aplicar la debida diligencia al cliente, sin que esa mención de momentos inhiba a la organización de aplicar las medidas en el momento que lo considere preciso y pertinente de acuerdo al riesgo que le genere el cliente o contraparte.

Posteriormente se hacen menciones para sectores específicos sobre medidas de debida diligencia, las cuales se desarrollan en los artículos 15, 16, 17, 18, 19, 20, y 21; en el 15 se establecen *las Medidas de DD intensificada para contrapartes, clientes y usuarios con transacciones con países de mayor riesgo*, lo que indica que las organizaciones contaran con las listas de cautela actualizadas, se hace referencia a las siguientes listas: lista de la OFAC o lista Clinton[135], Lista del Consejo de Seguridad de la ONU[136], lista Engels[137], lista *Magnitsky*[138] entre otras, y los países que se encuentren entre los no cooperantes o con deficiencias estratégicas[139] como los califica el GAFI, el instructivo hace una referencia directa para que los sujetos obligados consulten la nota interpretativa de la recomendación 19.

El artículo 16 define lo que debe entenderse por una persona expuesta políticamente que sea salvadoreño/a –PEP-, que serían las personas naturales *que desempeñan o han desempeñado funciones públicas en el país o en el extranjero,* partiendo de ello, quienes serán considerados PEP en El Salvador, se hacen tres remisiones legales, al art. 9-B de la LCLDA, al art. 236 y 239 de la Constitución, al art. 2 literales a), b) y c) y al art. 52 de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, de los tres mencionados, solo la Constitución establece de manera expresa el nombre de los cargos, la

[135] Oficina de Control de Activos Extranjeros, https://sanctionssearch.OCac.treas.gov/.
[136] Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidad www.un.org/securitycouncil/content/un-sc-consolidated-list.
[137] Departamento de Estado www.wola.org
[138] Departamento del Tesoro, https://www.state.gov
[139] Grupo de Acción Financiera Internacional, https://www.fatf-gafi.org/en/home.html

Convención da definiciones y utiliza la siguiente redacción, *personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes, y de sus familiares y estrechos colaboradores,* ahora bien el instructivo menciona exactamente el nombre del cargo, es decir aquellas personas *que desempeñen o hayan desempeñado* esos cargos, serán considerados PEP; surgen algunas observaciones relacionadas con: a) el instructivo no menciona de manera expresa que los familiares de los PEP sean considerados o puedan ser considerados de alto riesgo, en este punto tendría que valorarse la calificación de riesgo que le aplique el sujeto obligado al familiar, mención aparte merecen los *estrechos colaboradores,* que dependerá de la aplicación de la DDC con la que se identifique el grado de calificación de riesgo; b) podrían utilizarse como parámetros para establecer criterios de riesgos de los PEP, la percepción de la corrupción que se le haya otorgado al país en estudios objetivos, por ejemplo de instituciones como transparencia internacional, para este último planteamiento y de acuerdo a la finalidad del instructivo, es válido si una institución financiera consulta esas instituciones para valorar riesgos de PEP; como una última acotación sobre este artículo el instructivo dice, *continuaran siendo sujetos de una DD ampliada…por un periodo igual al ejercicio de sus funciones sin que exceda de cinco años;* lo cual aporta claridad sobre el tiempo que se mantendría la calificación después de desempeñado el cargo, e introduce un nuevo concepto "ampliada" del que no explica el significado o si lo tomará como sinónimo de intensificada, puesto que al buscar la definición *ampliada* significa *hacer más grande, e Intensificado* significa *mayor intensidad*, da a entender una constancia en el tiempo.

El art. 17 establece quienes serán Personas Políticamente Expuestas extranjeras, la diferencia con el artículo anterior es que el instructivo les califica de una vez como de alto riesgo, menciona algunos ejemplos y deja a criterio de las instituciones financieras iniciar relaciones comerciales con ellos, con la salvedad que, si deciden hacerlo, tienen que contar con políticas específicas para ellos.

El articulo 18 indica que a los PEP se les aplicará debida diligencia intensificada, *siempre y cuando sea el cliente o el beneficiario final*, lo novedoso de este artículo es que establece que a los familiares de los PEP hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad se les aplicará DD intensificada, pero no deben ser considerados PEP, de una vez el instructivo los descarta como PEP, sin establecer la calificación de riesgo del familiar, si

tomamos en cuenta que la DD intensificada es para clientes del alto riesgo de acuerdo a la nota interpretativa de las recomendaciones, es posible afirmar sin temor a errar, que el familiar del PEP es un cliente de alto riesgo y así debe ser considerado por los sujetos obligados.

El artículo 19, establece una prohibición expresa, no se establecerán relaciones comerciales con clientes o contrapartes anónimas, sin excepción.

Los artículos 20 y 21, contienen la obligación de conocer el beneficiario final, y da ejemplos de quienes pueden ser considerados beneficiarios finales o reales, al margen de ello, porque ambos artículos son expresamente claros desde el título que dice *transparencia y conocimiento del beneficiario final o real, de las personas jurídicas y de otras estructuras jurídicas* – se refiere a esquemas fiduciarios o de ese tipo de estructura-, se destaca de ambos artículos lo siguiente:

- Obligan a los sujetos obligados a identificar al beneficiario final o real, con una excepción si *un cliente, contraparte o propietario de una participación accionaria igual o superior al 10 % del capital sea una sociedad comercial que cotiza en bolsa de valores y está sujeta a requisitos de revelación de información y la transparencia adecuada al beneficiario final,* ***no será necesario identificar a los beneficiarios*** *de dichas sociedades* (la negrita es propia).
- Establece el monto, todo beneficiario final o real cuya participación accionaria sea igual o mayor al 10%, y no cotiza en bolsa, tiene que ser identificado.
- El termino final o real está dirigido para la persona natural que tiene la capacidad de "decidir", ya que pueden existir personas que estén actuando por cuenta de terceros.
- De la redacción de la excepción se debe entender que el cliente o contraparte, no solo tiene que cotizar en la bolsa, también tiene que estar sujeto a requisitos de revelación de información y transparencia del beneficiario.
- Aunque el instructivo no lo menciona, resulta evidente que el cliente o contraparte es quien tiene que demostrar que cotiza en bolsa y está sujeto a los requisitos de revelación de información y por ello no puede entregar la información que se le solicita, con respecto a sus beneficiarios finales o reales.

Ahora bien, en las reformas del 05 de septiembre 2023, se intercaló entre el articulo 21 y 22, dos artículos el 21-A y el 21-B, el 21-A se refiere a la "identidad" es decir la forma como puede "identificarse" al beneficiario real, básicamente otorga a los sujetos obligados varias posibilidades de cómo identificar a ese beneficiario, y por lo que como última alternativa el instructivo indica que podrá ser incluso *esa persona relevante que ocupe el puesto de funcionario de mayor rango gerencial* y es que para el sujeto obligado puede resultar difícil identificar a las personas naturales que están detrás de esas estructuras, que muchas veces son usadas como vehículos corporativos para el blanqueo.

El artículo 21-B, se refiere a los beneficiarios de pólizas de seguros vinculadas a inversiones, véase como se plantea esta posibilidad dentro del esquema del instructivo, porque al cliente o la contraparte, tiene que aplicársele la DDC del artículo 20 y 21 y si es PEP aplicarle también esa DDC, estas medidas aplicarlas al momento del pago y si en ese momento se identificara riesgo alto, debe informarse a la alta gerencia y si todavía existiese la duda, enviar el Reporte de Operación Sospechosa; es interesantísimo este artículo primero porque expresamente está calificando como de alto riesgo las pólizas de seguro de inversión, se sobre entiende que la organización debe aplicar la debida diligencia intensificada y segundo porque otorga al sujeto obligado todas las oportunidades para evitar el pago, hasta que no se hayan agotado todas las posibilidades de investigación sobre el beneficiario final, que es el objetivo de ese artículo.

El artículo 22 el instructivo lo dedica a las nuevas tecnologías, haciendo una referencia directa a la recomendación 15-en adelante R15- sobre el uso de las nuevas tecnologías, el instructivo ha transcrito la R15, lo que no incluyó en la redacción el instructivo es la referencia directa que hace el GAFI a los activos virtuales- en adelante AV- y a los Proveedores de Servicios de Activos Virtuales- en adelante PSAV-, que es a lo que se está refiriendo el articulo 22 cuando hace referencia a los sujetos obligados; sin tomar en cuenta, al menos en ese articulo que tanto la R15 y en la misma línea la R16[140], indican que tiene que haber un refuerzo del enfoque basado en riesgo con respecto a las nuevas tecnologías, usa las palabras "nueva" o "nuevo" o en "desarrollo" refiriéndose a productos, prácticas de negocio

[140] Grupo de Acción Financiera Internacional https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones, página 16

y/o mecanismos, el cual tiene que hacerse antes del lanzamiento; el GAFI insta a los países a que se anticipen a las tecnologías, a los productos, prácticas y/o mecanismos para que estén preparados y contener o evitar que se filtren fondos de proveniencia ilícita por medio de ellos.

La recomendación15 exige regulación para los PSAV, por lo que en junio de 2019, el GAFI adoptó una nota interpretativa de ésta[141], en la que explica conceptos y les dice a los países que los AV tienen que ser considerados como *bienes, productos, fondos, fondos y otros activos u otros de valor equivalente;* insiste en que los países deben identificar, evaluar y comprender los riesgos que les generen los AV, utiliza la palabra "exigir" para referirse a que los PSAV deben contar con licencia o estar inscritos, sean personas naturales o jurídicas, extiende este requisito a aquellos PSAV radicados en jurisdicción diferentes pero que tengan clientes en el país, solo que ésta es una sugerencia a los países; la regulación extendida para los PSAV incluye supervisión y monitoreo, lo que obliga a los países a buscar los mecanismos pertinentes para que realicen dicha función de manera eficiente, baja significativamente el umbral para las transacciones que se generen con los PSAV y lo ubica en $1,000.00, lo que demuestra que el GAFI está completamente interesado en la regulación y supervisión de la prevención de ALA/CFT por el riesgo de los Activos virtuales, que podemos llamarlos también cripto monedas.

Aunque el artículo 22 se quedó corto, es de adelantar que la UIF emitió una Guía para Proveedores de Servicios de activos virtuales, y dedica los artículos 84-A-B Y C, del instructivo a los PSAV, por lo que se analizaran adelante.

.

4.6.3 ACTUALIZACIÓN DE INFORMACIÓN Y MANTENIMIENTO DE REGISTRO.

Los artículos 23, 24, 25 y 26 establecen las obligaciones de los sujetos obligados en relacionan a varios puntos:

- Actualización de información del cliente o contraparte (art. 23), esta actualización está relacionada con datos generales del cliente, dirección donde pueda ser

[141] Grupo de acción Financiera Internacional https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones, página 77 y 78

localizado (residencia, trabajo, etc.) y los medios de contacto con dicho cliente, los nueve incisos, están relacionados al riesgo, a los cambios de calificación de riesgo del cliente, si el cliente se niega a "actualizar" los datos, de la lectura del artículo se advierte que, aunque no lo diga, lo que el sujeto obligado tiene que realizar es un debida diligencia continua, esto porque si la información del cliente varía en la actualización, la calificación del riesgo del cliente o contraparte también.

- Con respecto al mantenimiento o continuidad de las relaciones contractuales (art. 24) el articulo deja total libertad al sujeto obligado de tomar esa decisión, y si el órgano de dirección decide dar por finalizada la relación, tienen que contar con el pronunciamiento de la Fiscalía para que se pronuncie, no explica los motivos; se advierte que la insistencia que el instructivo le hace a los sujetos obligados, sobre importancia del análisis de riesgo del cliente para que sobre ello se tomen decisiones sobre el mantenimiento o finalización de las relaciones comerciales, solo refleja el grado de responsabilidad que recae sobre la alta y gerencia y con ello el nivel de responsabilidad que se les exigiría como responsables de las tomas de decisiones.
- Cierre de cuentas, (art.25) el instructivo establece la obligación a los sujetos obligados de informar a la UIF si decide cerrar cuentas o finalizar la relación comercial, y da el plazo a la UIF de diez días hábiles para comunicarle la procedencia de medidas cautelares; sobre los plazos merece especial mención, que la UIF tiene tres días hábiles para trasladar a la unidad correspondiente de la fiscalía para que en el plazo de cinco días hábiles valore la procedencia de medidas cautelares; de acuerdo a esa redacción, se comprende que la UIF será la intermediaria entre el sujeto obligado y la unidad competente de la Fiscalía que decida implementar la medida; dice el artículo 26 que solo se podrá cerrar la relación comercial y terminar la cuenta, hasta que no pase el plazo otorgado a la UIF para que responda, el objetivo es darle una oportunidad a las autoridades para evitar que se pierda evidencia; los tres artículos están relacionados, porque se refieren al mismo tema, el cierre de las cuentas, las cuales según el instructivo no pueden cerrarse sin que exista un pronunciamiento de la Fiscalía sobre medidas

cautelares, y ya sea con pronunciamiento o no, el sujeto obligado procederá a cerrar la cuenta, lo único vinculante para la organización será esperar el plazo que da el instructivo.

En este estadio del análisis se afirma que la Debida Diligencia del Cliente es la medida fundamental para mitigar el riesgo de ALD/CFT, pero para que esa medida sea eficaz es necesario que se cumplan los otros pilares, por lo que seguimos con el segundo pilar.

4.7 LA FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO DESIGNADA A UN RESPONSABLE DE CUMPLIMIENTO.

El segundo pilar lo encontramos a partir del art. 62, dirigido a los sujetos obligados supervisados por la Superintendencia del Sistema Financiero, sin excepción, establece que además de las obligaciones que se designen a los órganos de gobierno de esos sujetos en otras normativas, también se les asignaran las del artículo 7 del instructivo, específicamente los tres primeros numerales: a), b) y c) del artículo, sobre la obligación de: crear una Oficialía de Cumplimiento, definir la responsabilidades de los órganos de administración y control del Oficial o encargado de cumplimiento y nombrar un Oficial o encargado de cumplimiento, propietario y suplente.

Primero nos referiremos a la creación de la "Oficialía de cumplimiento", obligación establecida en los artículos 14 de la LCLDA, 63 y 71 del instructivo, es este punto el instructivo dividió a los sujetos obligados supervisados por la Superintendencia del Sistema Financiero de los demás sujetos obligados, en cuanto a la Ley establece la creación de la Oficina de cumplimiento y el nombramiento del Oficial, que debe hacer la junta directiva o órgano competente, y establece que la estructura y funcionamiento de esa Oficina estaría regulado en el Reglamento de la Ley, ahora bien, en el reglamento no se encuentra ningún artículo que explique la estructura de la "Oficialía de cumplimiento", al revisar los estándares internacionales no se hace referencia de manera expresa sobre una Oficialía de cumplimiento, pero en la nota interpretativa de la recomendación 18 relacionada con *controles Internos y filiares y subsidiarias*, se indica que *los arreglos sobre el manejo de cumplimiento deben*

incluir la designación de un Oficial de Cumplimiento a nivel administrativo[142]*,* de las normativas citadas no se encuentran referencias especificas a cómo estará estructurada la Oficialía y las obligaciones de ésta, como una Oficina, las disposiciones legales se enfocan en los requisitos que debe poseer la persona que sea nombrado/a como Oficial o encargado de cumplimiento y las obligaciones y facultades que tendrá, considerando que de acuerdo a la Ley, los Oficiales gozaran de *independencia con facultad para tomar decisiones*, la referencias a la Oficialía se encuentran en la normativa técnica emitida por el Banco Central de Reserva en ejercicio de su facultad normativa, siendo éstas las Normas Técnicas para la Gestión de los Riesgos de Lavado de Dinero y de Activos, Financiación del Terrorismo y Financiación de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva-en adelante NRP-36-, para el caso de creación de la Oficialía, el estudio de riesgo del sujeto obligado es esencial.

La normativa técnica indicada es aplicable para los sujetos obligados supervisados por la Superintendencia del Sistema Financiero, en esas normas se han establecido términos y dentro de ellos incluyeron "Oficialía de Cumplimiento" que es una unidad de la entidad, es decir, parte de la organización con el objetivo de *coordinar las actividades relacionadas con la prevención… y dar seguimiento rutinario al debido cumplimiento de políticas y procedimientos..*[143] , en esa secuencia las normas establecen como funciones de la alta gerencia el que se *asegure que la Oficialía de Cumplimiento informe a la junta directiva u órgano equivalente los resultados de las evaluaciones relacionadas con la prevención… por lo menos trimestralmente*[144]*, …* también se establece que *la Oficialía de Cumplimiento debe realizar revisiones periódicas del debido cumplimiento de las políticas, procedimiento y medidas de gestión*[145] *….,* no se hace referencia a la persona que ostente el cargo de Oficial, sino a la Oficina en sí, lo que refleja que los miembros de la organización conocen algunas de las funciones de la Oficina denominada "Oficialía de Cumplimiento".

Segundo nos referiremos al **Oficial o Encargado de Cumplimiento** -en adelante **OC o EC**- importante destacar que con respecto a los sujetos obligados supervisados por la SSF se llaman *Oficiales* y para los demás sujetos obligados se llaman *encargado*s*,* en relación a

[142] Grupo de Acción Financiera Internacional https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones, página 88
[143] Banco Central de Reserva, https://www.bcr.gob.sv/regulaciones/upload/NRP-36.pdf pagina 5
[144] Banco Central de Reserva https://www.bcr.gob.sv/regulaciones/upload/NRP-36.pdf página 7.
[145] Banco Central de Reserva https://www.bcr.gob.sv/regulaciones/upload/NRP-36.pdf página 8.

este segundo punto, en el artículo 14 de la LCLDA, el instructivo en sus artículos 64 y 72 y las NRP-36 en el literal m) del artículo 3, coinciden en que el Oficial de cumplimiento tiene que ser elegido por la Junta directiva u órgano de gobierno y ostentar cargo gerencial, lo cual tiene relación con el artículo 63 del instructivo, que establece la "ubicación" del Oficial de cumplimiento, dentro de la jerarquía de la organización, y su reporte a *la primera línea*; antes de la reforma se exigía en todos los casos, certificación o capacitación que acredite conocimientos en materia de prevención de ALD/CFT/CFPADM, estudios universitarios, conocimientos en aspectos jurídicos, negocios y controles, es posible advertir cierta diferencia de los sujetos obligados, según la calificación de riesgo de lavado, entre los de mayor riesgo y los que representan menor riesgo, será la calificación del riesgo que disminuya a aumente la carga de obligaciones, en ese sentido es explicable que se le dediquen varios artículos a los "*Oficiales*" y varios artículos a los "*encargados*", tanto de requisitos como de obligaciones, que si bien parecen ser las mismas, en relación a los sujetos obligados con riesgo menor su vinculación con el instructivo disminuye; la base fundamental es la calificación de riesgo del sujeto obligado, en ambos casos los Oficiales y encargados tienen que inscribirse a la UIF y presentar los documentos correspondientes solicitados por dicha institución. Ahora bien con la reforma del instructivo del 05/09/2023 que movió el orden de los incisos adicionó un inciso en el que disminuye los requisitos de la persona que sea designada como encargado de cumplimiento de los sujetos obligados establecidos en los numerales 3,9,10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19 y 20, del art. 2 de la LCLDA, para ellos solo se exigirá haber recibido capacitación, poseer conocimientos sobre el marco regulatorio y contar con experiencia suficiente en el giro de la actividad económica, reforma que no menciona que la reforma se deba a la calificación de riesgo del sujeto obligado.

Con respecto a las funciones del Oficial o encargado de cumplimiento establecidas en los artículos 67 y 73 del instructivo, con diecisiete y dieciséis literales, son casi las mismas con variaciones mínimas, relacionadas directamente con la calificación de riesgo de la organización, las funciones son: dar seguimiento rutinario de las políticas y procedimiento de prevención de ALD/CFT/CFPADM, presentar regularmente informes a la junta directiva u órgano de gobierno sobre la gestión, el cumplimiento de reportes enviados a la UIF, la efectividad de los mecanismos de control y las instrucciones de la Superintendencia, promover adopción de modificaciones de las políticas, diseñar manuales de cumplimiento,

colaborar con elaboración de metodologías, analizar e implementar medidas correctivas, hacer evaluaciones de cumplimiento normativo, analizar operaciones inusuales y sospechosas, validar el envío de Reportes de Operación Sospechosa y los otros reportes que establece el instructivo, dar respuesta a los requerimientos de UIF y autoridades, preparar y coordinar plan anual de capacitación, participar como miembros de comité, proponer al órgano de gobierno políticas de procedimientos intensificados, establecer y coordinar permanencia de mecanismos de monitoreo y en caso que se requiera que sean adicionales o intensificados, emitir informes u opiniones sobre existencia de riesgo ALD/CFT/CFPADM y otras, de estas lo que cambia es la exigencia de comités de prevención de ALD/CFT/CFPADM que solo es para sujetos obligados supervisados por la Superintendencia y que está regulado en el artículo 68 y las funciones del comité en el artículo 69; es fácil advertir que el Oficial y/o encargado de cumplimiento está involucrado con todo el programa de prevención ALD/CFT/CFPADM y sería la principal figura administrativa con vigilancia permanente y rutinaria de la Prevención.

Ahora bien, sobre lo anterior es importante referirse a: 1) un mismo Oficial de cumplimiento puede ser para varios sujetos obligados si con conglomerados financieros art. 65; 2) la prohibición de intercambiar información art. 66 y 3) la división de Oficial y encargado de cumplimiento.

Con respecto al número uno, el instructivo trata directamente las cuestiones relacionadas a los accionistas, en caso que sean los mismos accionistas de diferentes sociedades, pueden nombrar al mismo Oficial, lo llama *conglomerados financieros,* grupos empresariales, lo cual permite una mejor distribución del recurso y mantener el control sobre todo el conglomerado.

Con respecto al número dos, la confidencialidad relacionada al derecho de intimidad es decir no intercambiar información, pero si existen indicios que indiquen conducta de lavado, el derecho se limita, se presume que el sujeto obligado tendría que haber tomado cualquier tipo de medidas de DDC que le permitan inferir la conducta del cliente o contraparte, que habilite al sujeto obligado a compartir información.

Con respecto al numeral tercero, el instructivo dedica especial atención a los sujetos obligados bajo supervisión de la SSF, muestra de ello es que una de las obligaciones del

órgano de gobierno es crear un **Comité de Prevención de LDA/FT/FPADM,** integrado por al menos cinco miembros, que tienen que pertenecer a los cargos gerenciales, informarlo a la UIF, celebrar sesiones al menos una vez cada tres meses y presentar informe al órgano de gobierno, con ocho funciones relacionadas directamente con el programa de prevención ALD/CFT/CFPADM, tomar acuerdos, conocer deficiencias del programa, revisar ejecución anual del programa, revisar enfoque de la Oficialía, revisar estructura de la Oficialía cada tres años al menos, promover y garantizar la independencia de la Oficialía y que esta tenga acceso irrestricto a toda la información y documentación de la institución, esta exigencia es solo para el sector supervisado por la SSF, si recordamos que El Salvador no cuenta con una Evaluación Nacional de Riesgo-Oficial publicada- bajo que parámetros la UIF "decidió" que el sector financiero y el relacionado con este, es el que representa mayor riesgo de blanqueo y por ello aumentar las obligaciones, si es uno de los sectores más supervisados con obligaciones de cumplimiento de normativa distinta a la prevención del blanqueo, esa carga normativa no incluye al sector real, los rubros de: inmobiliarias, industria farmacéutica, sector turístico, agroindustria etc., que han sido incluidos en los *demás sujetos obligados*, no tienen vinculaciones distintas, sino las generales; resulta necesario contar con la evaluación nacional de riesgo, al menos se contaría con una dato sino confiable al menos orientativo, sobre el riesgo de lavado de dinero y financiación del terrorismo de los diferentes sectores del país, para que los recursos puedan ser enfocados hacia el que represente el riesgo mayor, tal como lo indica la R1.

En este apartado se incluye el artículo 76, por estar relacionado con este pilar, es en referencia al nombramiento de encargado de cumplimiento de persona natural, dice el artículo las personas naturales que tengan calidad de sujetos obligados comprendidos en los términos de los numerales 3, 5, 8 y 10 del art 2 de la LCLDA puede suplir el requisito del grado académico por la experiencia en el rubro en que se desempeña su actividad económica y ser su propio encargado de cumplimiento, así que los importadores y exportadores de insumos agropecuarios o vehículos nuevos o usados, quienes realicen transferencias sistemáticas de fondos, casas de empeño, prestamos, empresas intermediarias de bienes raíces, envió y recepción de encomiendas y remesas, pese a que el artículo se refiere a personas naturales, debió haberse incluido la calificación de riesgo como un parámetro base para que el mismo sujeto obligado se "auto designe" encargado de cumplimiento.

4.7.1 REPORTES DE OPERACIONES INUSUALES, SOSPECHOSAS, EN EFECTIVO U OTRAS.

De la multiplicidad de obligaciones establecidas para el Oficial o encargado de cumplimiento, se hará referencia a los literales h) e i), por la multiplicidad de artículos que el instructivo dedica a los reportes, lo cual de divide por rubros: 1) instrucciones para el control, seguimiento y detección de operaciones inusuales, 2) instrucciones para la determinación y el reporte de operaciones sospechosas, 3) instrucciones para el reporte de operaciones en efectivo u otro medio.

Desarrollaremos cada uno de los rubros, **el primero** instrucciones para el control, seguimiento y detección de operaciones inusuales, incluye: medidas para la detección de detecciones inusuales art. 36, conocimiento y control de la actividad del cliente o contraparte y del mercado en que desarrollan su actividad art. 37, monitoreo y control de las señales de alerta art. 39, conocimiento de tipologías de LDA/FT/FPADM art. 40, identificación y análisis de operaciones inusuales art. 41 y procedimiento para informe interno de operación inusual art. 42.

De la redacción del art. 36, se advierte que la UIF proporciona a los sujetos obligados algunas medidas para detectar operaciones inusuales, pero no las únicas, el sujeto obligado puede implementar cualesquiera otras medidas que le permitan detectar una operación inusual, el art. 37, está íntimamente relacionado a la debida diligencia del cliente o contraparte que lleve a cabo el sujeto obligado, porque dicho artículo establece conocimiento y control, la institución financiera tiene que tener un perfil habitual del cliente, la habitualidad debe estar calificada entre su "cotidianidad" financiera; el art 38 se refiere a monitoreo continuo de las operaciones lo que indica la aplicación de una debida diligencia intensificada, porque el monitoreo se realizará en relación al riesgo del cliente, para lo cual adoptará los sistemas informáticos necesarios para realizar ese monitoreo, en relación al sistema informático, el artículo deja claro que dependerá del riesgo del sujeto obligado, el monitoreo y control se hará por medio de procedimientos que implementará el sujeto obligado.

El articulo 40 exige a los sujetos obligados el conocimiento de las tipologías, esto significa que ese conocimiento tiene que ser constante, ya que las tipologías son dinámicas y

están siendo constantemente actualizadas por los organismos regionales, cambian en relación al cliente, situación geográfica, producto financiero, tipo de cliente, movimientos financieros, etc., curiosidad genera el inciso primero del artículo 42 al indicar el procedimiento cuando un colaborar o empleado detecte una operación inusual, que dice que le informará al Oficial de cumplimiento, cuando tendría que corresponder al sujeto obligado decidir sobre sus procedimientos internos de control, para cumplir de manera eficaz con el instructivo, el segundo inciso del artículo si resulta atinado, al establecer que el Oficial o encargado de cumplimiento tiene quince días para *analizar la operación,* y este punto adquiere mucha importante y significación por su relación con las funciones del Oficial del literal h) puesto que es responsabilidad del Oficial *determinar con su criterio técnico* si procede o no elaborar el Reporte de Operación Sospechosa, el primer filtro de análisis de una operación inusual corresponde al OC, análisis que obviamente redunda en el estudio del cliente, basado en la medida de DDC que el sujeto obligado haya implementado; con respecto al plazo, dice el artículo que el plazo puede prorrogarse con autorización de la UIF, sobre este tema, nos referiremos en los párrafos que siguen.

El **segundo rubro** corresponde a las instrucciones para la determinación y el reporte de operaciones sospechosas, obviamente los artículos 43, 44, 45 y 46 del instructivo corresponde aplicarlos, únicamente si el reporte de operaciones inusuales ha superado el análisis y el Oficial de cumplimiento *utilizando suficientes elementos de juicio* considera que la operación es sospechosa, para lo cual el OC o EC tiene cinco días hábiles para enviar el reporte a la UIF; el instructivo no indica los casos en que el resultado del análisis sea negativo, es decir se determine que la operación no es sospechosa, si se le pidió plazo a la UIF para analizar, se le notificará que no se hará el reporte, no se establece nada al respecto.

El art. 44 aclara que el reporte no es una denuncia o aviso penal, de hecho, el cliente no tendrá conocimiento de la emisión de ese reporte, porque es estrictamente confidencial, el art. 45 establece los requisitos que ese reporte debe contener para ser enviado y aceptado por la UIF, incluir toda la información de identificación del cliente, la calificación de riesgo, el seguimiento que se le haya realizado de acuerdo al tipo de medida de DDC que se haya implementado, la cantidad de productos, la información deberá ser remitida y acompañada con el reporte para la UIF; en el art. 46 se les indica a los sujetos obligados que se cercioren

que sus OC o EC analicen bien las operaciones para evitar generar *falsos positivos*, es decir *analicen las operaciones*.

Sobre los reportes de Operaciones Sospechosas el instructivo incluyó: las tentativas de operaciones sospechosas (art. 47), el formulario (art. 48), el reporte voluntario (art. 49), y los reportes por noticias periodísticas (art. 50); con respecto a la tentativa, el instructivo dice *cuando se tenga conocimiento que una persona natural o jurídica pretenda realizar una operación inusual o injustificada,* podría ser un tanto extrema la situación, porque si se tiene conocimiento *previo* es porque hay indicios anteriores, y si hay indicios previos no podría tratarse de una tentativa si no de una acción consumada, la situación fáctica que plantea el instructivo resulta confusa, puesto que la operación no se realiza, y si el cliente o contraparte quiere hacer una operación no podría haber conocimiento previo; el método para informar son los formularios que la UIF tienen en su plataforma; otro punto curioso es el reporte voluntario, estipulado para los que no son sujetos obligados, surgen varias observaciones al respecto, porque el mismo instructivo establece que debe cumplirse con los artículos 43, 44 y 45, es decir que el OC o EC realicen el análisis *con suficientes elementos de juicio,* si no es sujeto obligado como tendría un OC o EC si esa solo es una obligación de los sujetos obligados; con respecto a los reportes por noticias periodísticas, la UIF les indica a los sujetos obligados que el solo hecho de aparecer en los medios de comunicación como supuesto autor de un delito, no indica que deben reportar, si el sujeto obligado lo identifica entre "sus clientes" tiene que realizar un estudio previo, basado en la DDC y si de ese análisis que determine si existen indicios, entonces que envíe el reporte.

Con respecto a los Reportes de Operaciones Sospechosas la UIF en el boletín estadístico 2023, público que en el año 2023 recibió 1,588 ROS, de esos 1,417 fueron remitidos por sujetos obligados descritos en los numerales 1 y 2 del artículo 2 LCLDA; el boletín no aclara si esos reportes iniciaron con un reporte de operaciones inusuales, tampoco incluyó datos al respecto, es decir si todos los reportes de operación inusual tuvieron como resultado un ROS y si todos esos ROS tuvieron un reporte de operación inusual previo, lo cual permitiría analizar la labor de análisis que realizan los oficiales de cumplimiento.

Con respecto **al tercer rubro** se dan las instrucciones para el reporte de operaciones en efectivo u otro medio, el art. 51 establece que los sujetos obligados deben enviar

información requerida en los formularios que tiene destinados para ello, estos reportes se deben enviar, si la operación cumple con las características que indica el instructivo, para esto no se requiere ningún análisis solo cumplir con los umbrales que se establecen, para las operaciones individuales en efectivo es de diez mil dólares, el plazo *es cinco días hábiles contados a partir del día siguiente de realizada la operación o finalizado el mes calendario*, ya sea que se trate de una sola operación o de varias cuya suma sea superior al umbral mencionado; operaciones múltiples en efectivo transacciones iguales o mayores a diez mil dólares, realizadas en el mes calendario; operación individual-otro medio, ósea no es efectivo, en un solo evento que sea superior a veinticinco mil, si se mezcla otro medio y efectivo y que sea superior a veinticinco mil, también es reportable; operaciones múltiples-transacciones en otro medio, no utilizando efectivo y que la suma de los otros medios sea igual o superior a veinticinco mil.

El art. 52, se refiere a los reportes complementarios de transacciones, entre las que se encuentran transferencias electrónicas internacionales de fondos iguales o mayores a mil dólares, transferencias electrónicas locales generados por dispositivos electrónicos iguales o mayores a mil dólares, remesas familiares iguales o superiores a doscientos dólares y del art. 53 las operaciones especiales de información a la UIF que básicamente lo que indica es que los sujetos obligados tienen que enviar los reportes que les pida la UIF, y dice que la UIF definirá el tipo de reportes que requiera del Banco Central de Reserva, bancos de desarrollo o instituciones financieras de segundo piso, bolsas de valores, bolsa de productos y servicios, depósitos centralizados y demás entidades similares y lo hará dependiendo de cada caso, potestad demasiado amplia que puede estar sujeta a multiplicidad de situaciones fácticas que podrían limitar con la seguridad jurídica, lo que habilitaría al sujeto obligado a tomar las medidas legales pertinentes.

El boletín estadístico 2023 incluyó los Reportes de Transacciones Reguladas que los sujetos obligados realizaron en ese año lo establecido en el boletín comprende indica que la UIF recibió:

- 391,063 de Reportes de Operaciones en Efectivo.
- 407,958 de Reportes de Operaciones de Otros Medios.
- 5,019,233 de Reportes de Operaciones en Otros medios Electrónicos.

De estos números destaca el departamento donde se realiza el mayor número de reportes y los montos a los que ascienden los reportes.

En la reforma del 5/09/2023 se incluyó un inciso final a este artículo 52, que tiene relación directa con la recomendación 16-en adelante R16- mejor conocida como la regla de viaje, se refiere a los requisitos que los países deben abordar para las transferencias electrónicas, es decir, la llamada regla de viaje o *travel rule*, de tal forma que se aseguren que las transferencias puedan ser identificables, es decir, identificando al remitente, al destinatario y el concepto, esa "identificación de la transferencia" debe mantenerse íntegra hasta que el destinatario la reciba, en todo el trayecto la transferencia debe ser monitoreada para detectar la que carezca de identificación y la transferencia puede ser congelada, dependiendo del resultado del monitoreo, para ello se sugiere generar códigos y claves que permitan que se realice el seguimiento, al verificar el inciso adicionado al art 52 se piden siete requisitos para identificar las transferencias, a saber: nombre del cliente originador, numero de la cuenta del cliente, número y tipo de identificación del cliente, nombre de beneficiario, número de cuenta de beneficiario, nombre de banco que administra, número de identificación de la transacción, el instructivo no indica sanciones por falta de estos requisitos, pero la nota interpretativa de la R16, si establece que la transferencia puede congelarse a falta de requisitos de identificación e individualización de la transferencia.

4.8 UN PROGRAMA DE FORMACIÓN CONTINUA DE EMPLEADOS.

Para este tercer pilar el instructivo dedica dos artículos el 54 y 55, el articulo 54 relacionado con el literal k) del artículo 67, como función del OC preparar y coordinar el plan anual de capacitación, ese plan basado en el enfoque en riesgo, que tiene que tener un alcance con su respectiva programación, este plan tiene que ser aprobado por el órgano de gobierno, tomando en consideración sus propias características y estructura del sujeto obligado y basado en su informe de riesgo, la UIF indica el contenido fundamental de la capacitación, iniciando con: sensibilización de la cultura corporativa de prevención LDA/FT/FPADM, normas legales y conceptos fundamentales, estructura organizacional y

control de sujeto obligado, conocimiento de clientes contrapartes y mercado, aplicación de políticas y procedimientos, conocimiento de señales de alerta, detección de operaciones inusuales y sospechosas, administración de la información, conocimiento del empleado, de las capacitaciones se tiene que dejar constancia por escrito de los documentos utilizados para capacitar, de los asistentes, y de la evaluación general de la capacitación, las sugerencias que hace el instructivo sobre los temas a tratar no son excluyentes, el sujeto obligado puede incluir otros temas que considere pertinentes para la prevención de ALD/CFT/CFPADM, de acuerdo a su calificación de riesgo.

El artículo 55 establece que el sujeto obligado debe realizar inducción de las personas que aspiran a ser empleadas, esta inducción tiene que estar coordinada con la Oficialía de cumplimiento, los temas que se sugieren son: presentación y generalidades de delitos de LD/FT/FPADM sensibilización de la cultura de prevención, conocimiento de las políticas y procedimientos para prevención, control y detección de operaciones inusuales, examen de conocimiento de los empleados de los temas anteriores, la inducción es obligatoria para cada empleado y debe incorporarse al expediente personal del empleado, esto tiene relación con la debida diligencia del empleado que tiene que realizar el sujeto obligado, de acuerdo al código ética.

Respecto de estos dos artículos el instructivo ha sido bastante laxo, destinó un artículo, ya que el 55 se refiere a la inducción, para referirse a la formación de los empleados e incluyó empleados y personal subcontratado, dejó por fuera a la alta dirección y al consejo de administración o el órgano de gobierno, estos son los responsables de emitir las políticas, procedimientos y controles, tienen que estar no solo informados sino también sensibilizados con la cultura de prevención; otro punto que trató de manera somera fue la forma de impartir la formación, sobre la o las personas idóneas para impartirlas, realizar actividades de seguimiento de los temas que se imparten, no se mencionó los refuerzos continuos, la separación de los empleados, en relación al conocimiento sobre los temas de prevención, las actualizaciones de los sistemas informáticos utilizados, quedando a discreción del sujeto obligado lo relacionado a la formación.

4.9 UNA FUNCIÓN DE AUDITORÍA INDEPENDIENTE PARA COMPROBAR LA EFICACIA GENERAL DEL PROGRAMA:

El cuarto pilar se desarrolla en los artículos 8 y 9, que han sido reformados según el acuerdo 476 del 05/09/2023 que incorporó un inciso quinto al artículo 8 y reforma completamente el art. 9; es pertinente dividir este pilar de acuerdo a la forma como lo expone el instructivo que es: sistema de control interno por medio de auditoría interna y la auditoría externa que es lo que se exige en el cuarto pilar de conformidad a la nota interpretativa de la R18 sobre controles.

En ese orden se hace referencia al art. 8 sistema de control interno, el objetivo es evaluar el cumplimiento y la efectividad de los controles, métodos, políticas y procedimientos implementados y para la detección de operaciones inusuales y sospechosas a fin de determinar fallas o debilidades e informarlas, la obligación es hacer esta evaluación una vez al año, y corresponde hacerla al área de auditoría interna, que en su plan anual de verificaciones y evaluaciones tiene que incluir específicamente el programa de prevención LDA/FT/FPADM, es lo que básicamente establece el artículo, todo lo anterior basados en el estudio de riesgo de cada sujeto obligado, ya que algunos sujetos obligados quizá no cuenten con área de auditoría interna; ahora bien es válido preguntarse sobre la objetividad de la evaluación, la vinculación del resultado de la evaluación para el órgano de gobierno, que podría inclinarse de forma positiva, es decir que el órgano de gobierno y la alta gerencia tomen los resultados para identificar debilidades del programa y analizar áreas de mejora, o hacer caso omiso de los hallazgos y tomarlo como el cumplimiento de una obligación normativa solo de manera formal, en ambos casos, el sujeto obligado es el responsable de las acciones que decida tomar y tanto una como la otra se reflejará en los resultados frente al ente supervisor.

En relación al art.9, es de indicar que antes de la reforma establecía *los auditores externos de los sujetos obligados que de conformidad con la ley deben contar con esta figura de control,* la reforma tiene la redacción así: *el auditor externo de los sujetos obligados comprendidos en el art. 2 inc.3° numeral 1 de la LCLDA, …* la obligación de ambos artículos es la misma, que se refiere a *incluir en sus planes anuales de trabajo la evaluación de la gestión y las disposiciones legales aplicables a la prevención de los riesgos*

LDA/FT/FPADM. La diferencia entre ambas redacciones es que el literal 1, se refiere a *toda sociedad, empresa o entidad de cualquier tipo, nacional o extranjera, que integre una institución, grupo o conglomerado financiero, supervisado y regulado por la SSF*, el sujeto obligado que no cumpla con esas características, no necesita que el auditor externo incluya en sus planes de trabajo *la evaluación de la gestión y las disposiciones legales aplicables*, nuevamente las exigencias de cumplimientos normativos recaen sobre un sector descarta tácitamente los demás sectores, y con ello también genera un limbo, porque el instructivo no contempla quien realizará, de manera independiente, las evaluaciones del cumplimiento y eficacia de los controles, métodos, políticas y procedimientos que implementen los sujetos obligados contemplados del literal 2 al 20 del art. 2 LCLDA.

4.10.1 CONGELAMIENTO DE FONDOS:

El instructivo dedicó el capítulo V al congelamiento de fondos relacionado con el terrorismo y lo desarrolla en los artículos 27, 28, 29 y 30, la referencia directa es la Ley Especial Contra Actos de Terrorismo- en adelante LECT- el articulo 27 menciona expresamente al art 37 de la LECT y dice *los sujetos obligados en base al art. 37… tienen la responsabilidad de revisar las listas del Consejo de Seguridad de la ONU e informar a la UIF sin dilación sobre existencia de productos…para efectos de inmovilización…*, importante establecer que la disposición legal de la Ley Especial contempla dos supuestos para congelar: quienes estén procesados por delitos indicados en la Ley y quienes estén incluidos en la lista del Consejo de Seguridad, el instructivo no incluyó a los procesados, pero al relacionar directamente el art. 37 LECT se comprende que están incluidos.

El art. 28 establece el procedimiento para informar a la UIF sobre existencia de productos u otros, todo debe ir debidamente fundamentado y documentado el plazo otorgado es de tres días y el informe debe remitirse por CEP, de acuerdo a la UIF el CEP es un mecanismo electrónico que utiliza para que los sujetos obligados le remitan los ROS[146]; en el art. 29 establece que la UIF remitirá el informe a la unidad correspondiente de la Fiscalía y en el art.

[146] Organización de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Informe de la Fiscalía General de la República, Medidas sobre Prevención de Blanqueo de Dinero, Anexo 1. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup4/2015-August-31-to-September-2/Contributions_NV/Contribution_-_El_Salvador.pdf

30, se le indica al sujeto obligado que espere la decisión de las autoridades judiciales con respecto al producto financiero, y por ultimo aclara que el solo hecho de aparecer en la Lista del Consejo de seguridad no es causal para enviar ROS a menos que se identifiquen operaciones inusuales; aclaración que hace el instructivo porque el art. 27 no establece que se mande ROS, sino que lo que se debe informar es la existencia de productos financieros.

4.10.2 LISTAS DE CAUTELA:

En los artículos 31, 32, 33 y 34 se establece el proceso a seguir para personas designadas en listas nacionales, en lo medular el artículo dice *las instituciones financieras también informaran la existencia de bienes o servicios vinculadas a persona que haya sido incluidas en la lista de individuos o entidades asociadas o que pertenezcan a organizaciones terroristas elaborada por una autoridad nacional o extranjera vinculante para el estado salvadoreño,… la FGR informará por medio de la UIF enviará por CEP, las listas las enviará la UIF, serán actualizadas cada año, prevalecerá la última;* de lo anterior, se advierte que una autoridad nacional o extranjera vinculante para el Estado puede ser cuales quiera, la referencia que hace a autoridades extranjeras incluye todas las listas de cautela internacionales, en este caso los sujetos obligados tienen que verificarlas y actualizarlas constantemente.

El art. 32 regula el plazo y el procedimiento a seguir, para que los sujetos obligados informen a la UIF y esperen instrucciones, los informes tienen que ser detallados y contener toda la información pertinente, además la inclusión de la documentación pertinente; el art. 33 indica las acciones que tomará la Fiscalía y el plazo para ello y el art. 34 aclara que el hecho de aparecer en la lista nacional no lo hace merecedor de un ROS, a excepción que el sujeto obligado haya identificado operación inusual; estos artículos básicamente no establecen nada relevante, lo relacionado a las listas nacionales, pudieron incluirlo en los apartados anteriores, puesto que los plazos y procedimientos indicados son exactamente los mismos.

4.10.3 ACTIVIDADES Y PROFESIONES NO FINANCIERAS DESIGNADAS.

El instructivo dedicó un apartado titulado instrucciones especiales para las Actividades y Profesiones no Financieras Designadas-en adelante APNFD-, ¿quiénes son?

el instructivo en el art. 77 lo indica, primero hace referencia directa a las recomendaciones del GAFI, específicamente la recomendación 22, en adelante R22- la calidad la tienen: los casinos juegos de azar, cuando las transacciones sean igual o superior a tres mil dólares; los agentes inmobiliarios compra y venta de bienes inmobiliarios: comerciantes de metales preciosos y comerciantes de piedras preciosas, con transacciones en efectivo monto igual o mayor a diez mil dólares; los abogados, notarios, contadores y auditor externo, éstos sobre cinco actividades que puedan realizar, y también tienen que reportar transacciones iguales o mayores a diez mil dólares; a los proveedores de servicios societarios loes indican cinco actividades; todos ellos deben cumplir las recomendaciones 10,11,12,15 y 17, la referencia a cumplir los estándares es directa, eso incluye las notas interpretativas, lo cual es interesante, si recordamos que las recomendaciones no son convenios internacionales, sino estándares que no tienen jerarquía legal, al menos definida así de forma directa.

Los artículos 78, 79, 80, 81, y 82 del instructivo, básicamente establece las mismas obligaciones de los sujetos obligados APNFD, diseñar un programa para la prevención y detección de riesgos de LDA/FT/FPADM (art.78), designar un encargado de cumplimiento titular y suplente por el órgano de gobierno (art 79), los requisitos que debe tener el encargado que remite al art 73 (art.80), las funciones que tendrá el encargado y remite al art. 74 (art 81), se puede suplir el requisito del grado académico y el mismo "sujeto obligado" puede realizar las funciones del encargado de cumplimiento (art.82); lo relevante de este capítulo es la especificación de quienes serán considerados actividades y profesiones no financieras designadas, ya que no se advierte en estos artículos que exista una instrucción especial, si básicamente está definiendo las mismas obligaciones; es de mencionar que al identificar las actividades y profesiones no financieras, incluye profesiones que se encuentran vigiladas y regladas por instituciones, por ejemplo: los contadores y auditores externos-que son los mismos- supervisados por el Consejo Superior de la Contaduría Pública, los abogados, notarios por la Corte Suprema de Justicia, entre otros, el instructivo no ha hecho referencia alguna para aprovechar el rol que desempeñan esos supervisores sobre las profesiones, para vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención LDA/FT/FPADM.

4.10.4 ASOCIACIONES Y FUNDACIONES SIN FINES DE LUCRO.

El instructivo también dedica otro apartado de "instrucciones especiales" a las asociaciones y fundaciones sin fines de lucro, en los arts. 83 y 84, esta inclusión se hace, en secuencia a la inclusión que hizo el GAFI en su apartado de Financiación del Terrorismo y Financiación de la Proliferación incluyendo en la recomendación 8-en adelante R8- a las organizaciones sin fines de lucro, el instructivo regula que las organizaciones que se dediquen a la actividad de recaudo y desembolso para: cumplir propósitos benéficos, religiosos, culturales, educacionales, sociales o fraternales, o llevar a cabo otro tipo de caridad, deben cumplir con la recomendación 8 y sus notas interpretativas, remisión directa al estándar, y deben inscribirse a la UIF; el instructivo establece obligaciones (art. 84) directas relacionadas a mantener información sobre las actividades, los miembros, objetivos, actividades, estados financieros controles de contabilidad de fondos, identificar a donantes, solicitar identificación de sus donantes, conservar la documentación por quince años, y que toda esa información tiene que estar a disposición de las autoridades; la nota interpretativa de la R8 indica que la recomendación se refiere a las Organizaciones y Fundaciones destinadas a la caridad, no incluyó a todas las ONG; en la misma armonía las medidas que se implementen tienen que ser proporcionales al estudio de riesgo, en este caso el estudio de riesgo enfocado en el terrorismo y la proliferación.

4.10.5 PROVEEDORES DE SERVICIOS DE ACTIVOS VIRTUALES.

El instructivo incluyó un capítulo a los Proveedores de Servicios de Activos Virtuales PSAV, que se desarrollan en los artículos 84-A, 84-B, 84-C, artículos que tienen explicación lógica por la vigencia de la Ley del Bitcoin desde septiembre 2021, la UIF emitió en enero de 2023 la Guía para Proveedores de Servicios de Activos Virtuales sobre cumplimiento de obligaciones en materia de ALA/CFT en El Salvador[147], analizar lo relacionado con los activos virtuales es amplio, por lo que se harán menciones especificas relacionadas

[147] Unidad de Investigación Financiera, https://www.uif.gob.sv/guia-para-proveedores-de-servicios-de-activos-virtuales/

directamente con el cumplimiento del programa LDA/FT/FPADM por ser el objetivo del instructivo.

El art.84-A, indica que los PSAV deben registrarse en la UIF, en el registro del Banco Central de Reserva cuando operen con Bitcoin y ante la Comisión Nacional de Activos Digitales cuando operen con cualquier otro activo virtual, este consejo fue creado mediante la Ley de Emisión de Activos Virtuales que entró en vigencia el 24 de enero 2023[148].

El artículo 84-B establece obligaciones generales que son: contar con un programa LDA/FT/FPADM, con un enfoque basado en riesgo y con el principio de proporcionalidad, en ese programa se tiene que desarrollar políticas de medidas de debida diligencia estándar, simplificadas o intensificadas, depende del riesgo y perfil transaccional del cliente, limitar las transacciones en sus plataformas digitales, detección de operaciones inusuales y reportes de operaciones sospechosas, procedimientos de reportes de transacciones reguladas y mantenimientos de registros, también nombrar oficial de cumplimiento propietario y suplente, evitar el robo o pérdida de activos de los clientes, mantener registros de cuentas y clientes, mantener registros de quejas, tener sitio web, mantener programas de ciber seguridad entre otros; aunque el instructivo no haga referencia a ello, resulta obvio que se debe cumplir la normativa técnica emitida por el Banco Central de Reserva relacionada con el Bitcoin y la Comisión Nacional cuando se relacionen otros activos virtuales, además de la Guía de la UIF para ese rubro.

Con respecto a los reportes el instructivo en el artículo 84-C hizo referencia general a la *obligación de reportar las operaciones sospechosas y las operaciones reguladas establecidas en instructivo y la Ley*, esa es transcripción literal, y con ello finaliza el articulado del instructivo.

En el boletín estadístico 2023 la UIF incluyó en la lista de los Reportes de Operación sospechosa a los Proveedores de Servicios de Activos Virtuales, indicando que recibió 16 reportes de dichos sujetos obligados, en un apartado específico menciona que ha recibido 585,367 Reportes de Transacciones de Criptoactivos que ha sido su formulario de "Tarjeta

[148] Asamblea Legislativa https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/correspondencia/4CCA02DF-7C4F-4B25-9725-821EB3618A5D.pdf

Wallet" el que ha sido más representado; resulta interesante que de más de medio millón de transacciones realizadas con activo virtual, únicamente se hayan recibido 16 Reportes de Operación Sospechosa, las interrogantes surgen en varios sentidos ¿están aplicando los PSAV programas de prevención de ALD/CFT?, ¿ si los PSAV están aplicando programas de prevención ALD/CFT están siendo efectivos?, ¿ tienen los PSAV análisis de riesgo?, ¿ está la Superintendencia del Sistema Financiero en la capacidad de aplicar una supervisión para PSAV?, preguntas que adquieren más significado si tomamos en cuenta los párrafos que continúan.

Es indispensable con respecto a estos tres últimos artículos hacer un análisis integral desde la R15, el GAFI en esta recomendación le indicó a los países que *deben identificar y evaluar los riesgos de lavado en relación: a) el desarrollo de nuevos productos y nuevas prácticas comerciales incluyendo nuevos mecanismos de envió y b) el uso de nuevas tecnologías o tecnologías en desarrollo, la evaluación del riesgo tiene que hacerse antes del lanzamiento de los nuevos productos;* se dijo en las primeras páginas de este capítulo que El Salvador no cuenta con una evaluación nacional de riesgo, esto a nivel general, por lógica consecuente, no hay evaluación nacional de riesgo para implementar el Bitcoin-un tipo de activo virtual-como moneda nacional.

Estableciéndose el Bitcoin como moneda nacional, se creó la normativa legal y técnica para la operatividad dicha Ley, por lo que en relación a la prevención de LDA/FT/FPADM, se revisó la normativa legal: Ley del Bitcoin, el Reglamento y Ley de Creación del Fideicomiso Bitcoin, y no contienen artículos relacionados a la prevención de LDA/FT/FPADM que estén en sintonía con la R15, se rescata que la ley en las disposiciones finales y transitorias responsabilizó al Banco Central de Reserva y a la Superintendencia del Sistema Financiero para emitir la normativa correspondiente al tema; con esa facultad el BCR emitió la normativa técnica siguiente: 1) Normas Técnicas para Facilitar la Participación de Entidades Financieras en el Ecosistema Bitcoin, 2) Lineamientos para la Autorización del Funcionamiento de la Plataforma Tecnológica de Servicios con Bitcoin y Dólares, 3) NRP-32 Normas Técnicas Temporales sobre medidas de Ciberseguridad en Canales Digitales[149],

[149] Banco Central de Reserva, https://www.bcr.gob.sv/.

el marco regulatorio mencionado establece medidas que pueden ser incluidas dentro del bloque de prevención de LDA/FT/FPADM, la normas mencionadas también hacen referencias al cumplimiento de las NRP-36 en lo que les aplique; sin embargo, ambos bloques están dirigidos al Bitcoin lo que genera un vacío regulatorio para el resto de activos virtuales.

El vacío generado en la legislación para el resto de activos virtuales, pareciera que fue superado con la creación de la Ley de Emisión de Activos Digitales, pero de los 47 artículos que se compone dicha Ley, un artículo hace referencia directa al tema de lavado de dinero, es el art. 20 que regula las obligaciones de los Proveedores de Servicios de Activos Digitales, el literal O, dice *Disponer de sistemas para prevenir, detectar y revelar los riesgos de delitos financieros, como el lavado de dinero y la financiación del terrorismo,* no hace la Ley referencias a ninguna autoridad o institución que supervise la actividad de los PSAD, lo que sí hace la Ley es mencionar frases abiertas de las que se colige que otorga a la Comisión Nacional facultades para emitir normativa técnica, autorizar, suspender, revocar y cancelar registros de PSAD, y otras facultades redactadas de forma tan abierta, que muchos temas se dejaran a criterio de la comisión; por lo que el tema de prevención de LDA/FT/FPADM para los Proveedores de Servicios de Activos Virtuales como los llama el GAFI y la UIF, fue abordado por ésta última, en el acuerdo 734, por medio del cual se aprobó la Guía para Proveedores de Servicios de Activos Virtuales sobre el cumplimiento de obligaciones en materia de ALD/CFT e El Salvador, esta guía solo es aplicable a los PSAV que se inscriban, ninguna de las leyes, normativas, guías e instructivo incorpora a los PSAV o PSAD extranjeros que no están obligados a inscribirse.

Desde el año 2013 el GAFI abordó por primera vez el tema de las nuevas tecnologías[150], la intensidad con la que el organismo intergubernamental ha publicado documentos, elaborado estudios, ampliado las notas interpretativas de las recomendaciones 15 y 16, recomendando incluso la aplicación de la regla de viaje (R15) a las transferencias con activos virtuales, demuestra la preocupación constante del organismo porque ha considerado a los

[150] Superintendencia del Sistema Financiero, Guía para monedas virtuales junio 2014. https://ssf.gob.sv/descargas/Documentos_lavado/GAFI%20PARA%20MONEDA%20VIRTUAL.pdf

activos virtuales como de alto riesgo; sin embargo, el análisis realizado con respecto al capítulo del instructivo relacionado con los PSAV y la normativa en relación al activo virtual existente en el Salvador, no refleja la misma preocupación, lo que ameritaría un estudio a profundidad, pero más que un análisis de la normativa legal y técnica, lo que se requiere es un estudio de riesgo que demuestre la aplicación efectiva y eficaz de esa normativa en relación a los activos virtuales y sus proveedores de servicios, serán los resultados de la cuarta ronda de evaluación mutua que el Grupo de Acción Financiara de Latinoamérica está actualmente realizando al país, los que demuestre si las medidas tomadas como país en relación a los AV y los PSAV han sido suficientes para prevenir el riesgo de LDA/FT/FPADM.

La GAFILAT, y su Guía de Activos Virtuales del año 2021 y su revisión de agosto del año 2023[151] existe un estudio comparativo sobre los riegos y retos de las activos en el sentido de que mientras no se Materialice en el sistema financiero será difícil hablar del Lavado de Activos, si embargo pone en estudio algunos casos para efecto que los Estados tomen las medidas pertinentes al respecto sobre esa situación.

Además analiza la tokenizacion de activos como reto a la implemetacion de Compliance Penales y de prevención, sin embargo este análisis considero que se debería de hacer en una Tesis especifica o un capítulo sobre activos virtuales.

[151] Guia de Activos Virtuales de GAFILAT, www. Gafilat.org/Bibliteca Virtual/guía-de-activos-virtuales-2023

CAPITULO 5

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Después de haber investigado recopilado y haber presentado en este documento un análisis final sobre la la implementación del sistema de compliance penal en la prevención del delito de lavado de dinero y de activos desde la perspectiva del derecho penal económico en El Salvador, podemos llegar a la siguientes conclusiones y Recomendaciones

El sistema de compliance es una Tarea de los actores económicos que de la Mano con el Estado, ayudan a disminuir los riesgos de que sus empresas sean utilizadas para el Lavado de Dinero.

Existe Suficiente Normativa nacional e internacional para poder hacerle frente al fenómeno del delito de lavado de Dinero y que puede ayudar a la implementación de sistemas de Compliance de manera uniforme en El Salvador.

El tipo Penal de Lavado de Dinero esta Bastante desarrollado a Nivel Nacional, sin embargo no toda la comunidad Jurídica entiende El delito y el fenómeno como tal, pese a que además de Doctrina existen jurisprudencia destacada en el tema.

El instructivo de la UIF pese a ser una herramienta importante en el Desarollo de la implementación del Compliance en El salvador, es demasiado ambigüo o general en cosas donde debería de ser mas claro y especifico y que son cosas que están mas clara en el Anteproyecto de la Ley de Lavado de Dinero.

En ese orden de ideas podemos recomendar que

Exista y se le dé el debido interés a la Obligatoriedad de los sistemas de Compliance, no solo a Nivel empresarial sino que también a nivel de ministerios y autónomas

Se establezca una claridad en cuanto a la responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, con el fin de tener un criterio técnico y uniforme sobre esa forma de imputación penal.

Se haga una compilación de autores NACIONALES sobre ensayos del Delito de Lavado de Dinero, con el fin de traer a la realidad Nacional los Principios y conceptos del dicho delito

Se recomienda también establecer Manuales claros y específicos sobre puntos que el Instructivo de la UIF no aclara o deja la duda.

En ese sentido se recomienda crear una unidad de asesoría en la aplicación del Manual de la UIF y otros instructivos relacionados.

Se recomienda también para Futuras Visitas en Situ de la comisión de evaluacion del GAFILAT, o como Técnicamente lo denomina la GAFILAT, "Evaluaciones Mutuas", se establezca en El Salvador un Manual aque tendría como objetivo además de consignar normas que promuevan la aplicación efectiva de las medidas legales reglamentarias, y operativas para combatir el lavado de dinero, financiamiento del terrorismo, y otras amenazas relacionadas con la integridad del sistema financiero internacional, bajo los estándares de la GAFILAT, esto con el fin de que esa entidad, certifiqué y Verifique en dichas Evaluaciones mutuas la adecuación, y la puesta en marcha de las recomendaciones y las acciones que el país realiza en torno a la minimización del riesgo de lavado, ya que el El Salvador al ser un país miembro tiene beneficios, tales como los reconocimientos de una banca solida, estabilidad de información financiera y del mercado, estabilidad bancaria, atracción de inversión, pero también lleva compromisos que por lo menos en la vista del año 2023, no fueron subsanados en su totalidad debido a la "forma rápida" de querer incorporar la Nueva Ley de Lavado, y reformas continuas al Instructivo de la UIF, por lo que en la Proxima visita deberían estar subsanadas

BIBLIOGRAFIA.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS. *El delito de blanqueo de capitales*. Marcial Pons: Madrid, 2000.

BLANCO CORDERO, ISIDORO. El delito de blanqueo de capitales. 2º ed. Aranzadi: Madrid, 2002.

CAPARRÓS, FABIÁN. *El delito de Blanqueo de capitales*. Ed. Colex: Madrid, 1998.

CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS, Junio 1945, San Francisco, California. Disponible en https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text.

CASTANEIRA MARQUESZ, C., "Beneficios del compliance en la empresa" en *Compliance,* Tirant lo Blanch, México, 2023.

CÓRDOVA, FERNANDO J. *Delito de lavado de dinero*. Hammurabi: Buenos Aires, 2019.

EDUARDO FABIÁN CAPARROS; "Combate al lavado de Dinero y Activos desde el sistema Judicial"; 5° Edicion, Washintong DC, 2006,

FARALDO CABANA, P., "Los Compliance Programas y la atenuación de la responsabilidad penal" en *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

FERNANDEZ LEON, O., "Los beneficios del compliance y la necesidad de su conocimiento por el empresario" en *Compliance,* Tirant lo blanch, Ciudad de México, 2019.

FRADIQUE-MÉNDEZ, C., RODRÍGUEZ, A., KURE, C., "Publicación sobre el desarrollo de la práctica de compliance en Latinoamérica. Capítulo Colombia" en *Práctica de Compliance en Latinoamérica. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras*. Autores Editores.

GÁLVEZ VILLEGAS, TOMÁS. *El delito de lavado de activos*. Grijley: Lima, 2004.

GARCÍA CAVERO, PERCY. *El delito de lavado de activos*. Juristas editores: Lima, 2013.

LARA MARTINEZ, A., RAMÍREZ MONJARAZ, R., "Compliance Administrativo desde el sistema nacional anticorrupción y la responsabilidad de las personas morales" en Tirant lo Blanch, México, 2023.

LIÑAN LAFUENTE, A., "El oficial de cumplimiento: su responsabilidad penal" *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

LOPEZ OLVERA, M., *Compliance*. Tirant lo Blanch, México, 2023. Pag. 15.; NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 1ª Ed., Madrid, Iustel, Madrid

MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, CARLOS. *Derecho penal económico y de la empresa, parte general*. 6ª ed. Tirant Lo Blanch: Madrid, 2022.

MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, CARLOS. *Derecho penal económico y de la empresa, parte general*. 6ª ed. Tirant Lo Blanch: Madrid, 2022.

MELGAR MANZANILLA, P., "El cumplimiento (compliance) tributario, la planeación agresiva y la evasión. Más allá de la economía del crimen y de modelos de control interno de riesgos tributarios" en Tirant lo Blanch, México, 2023.

NEIRA PENA, A., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., "España" en en *Tratado Angloiberoamericano sobre compliance penal*¸ Tirant lo Blanc, Valencia, 2021.

NELVIS ESPINOZA GUZMÁN, El delito fuente y la autonomía del delito de lavado de activos: sin delito previo no puede existir un delito posterior;, Pág. 167 Noviembre 2018.

NIETO MARTIN, *op. Cit., pag 217.;* CARDENAS GARCIA, J., "Interpretación y argumentación en la función jurisdiccional administrativa" en *Compliance,* Tirant lo Blanch, México, 2023

PÉREZ SASSO, CHRISTIAN ANDRÉS. *El delito de lavado de activos, aplicación de la ley más benigna*. Hammurabi: Buenos Aires, 2023.

Pastor Álvarez, Daniel; Manual de Prevención del Blanqueo, MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A. MADRID 2006 BARCELONA

QUINTERO SÁNCHEZ, A., "El compliance y la inversión extranjera a la luz del derecho internacional y als prácticas de las empresas transnacionales" en *Compliance*. Tirant lo Blanch, México, 2023.

REYNA ALFARO, L., "Implementación de los compliance programas y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados" en *Lavado de activos y compliance. Perspectiva Internacional y Derecho Comparado,* Jurista Editores, Lima.

REYNA ALFARO, L., "Implementación de los compliance programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados" en *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado,* Jurista Editores

ROSAS CASTAÑEDA, JUAN ANTONIO. *La prueba en el delito de lavado de Activos*. Gaceta Jurídica: Lima, 2015

ROSAS CASTAÑEDA, JUAN ANTONIO. *La prueba en el delito de lavado de Activos*. Gaceta Jurídica: Lima, 2015

ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal, parte general*. Tomo I, 2ª ed. Civitas: Madrid, 1997.

RUÍZ-MATEOS, SERGIO DE LA HERRÁN, "La responsabilidad penal del administrador societario por infracción del deber de control ante la usencia de compliance penal" en *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

SAAD- DINIZ, E., *Ética en los negocios y compliance. Entre la educación ejecutivo y la interpretación judicial*, Hammurabi, Buenos Aires.

SANCHEZ-MACÍAS, J., RODRÍGUEZ-LOPEZ, F., "Estudio Preliminar" en *Tratado Angloiberoamericano sobre compliance penal*¸ Tirant lo Blanc, Valencia, 2021.

SAURA ALBERDI, B., "El órgano de cumplimiento (compliance officer)" en Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas, tirant lo blanch, Valencia, 2021.

JURISPRUDENCIA.

Sentencia del Tribunal Supremo Español bajo referencia 254/2016:

Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad Ref. 03-2012. San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012.

Sala de lo Constitucional, Amparo 408-2009, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2011.

Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 6-2020/7-2020/10-2020/11-2020, Corte Suprema de Justicia, 2020.

Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ref. Sentencia 222C-2013. San Salvador. Corte Suprema de Justicia, 2014.

Sala de lo Penal, 10- C-2013, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sala de lo Penal, Sentencia 10-C-2013, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.

Corte Suprema de Justicia, 59-S-2014. San Salvador. Corte Suprema de Justicia, 2014.

Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Ref. 22-CAS-2015. San Salvador. Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, 8-CAS-2015. San Salvador. Corte Suprema de Justicia, 2015

Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, 107-CAS-2008. San Salvador. Corte Suprema de Justicia, 2008

Sala de lo Penal de la Corte suprema de Justicia, 222-C-2013. Corte suprema de Justicia. San Salvador, 2013

Sala de lo penal de la Corte Suprema de Justicia 22-CAS-2015, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016.

Sala de lo Penal de la Corte suprema de Justicia. Ref. 228-CAS-2004. Corte suprema de Justicia. San Salvador,2004.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Ref. 27-2018. San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018.

Sala de lo constitucional, Sentencia 109-2016, San Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019.

LEGISLACION Y NORMATIVAS.

"Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. Las Recomendaciones del GAFI". Disponible en:http://www.gafilat.org/UserFiles/documentos/es/Las_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf Acuerdo 380 de la fiscalía general de la República. Publicado en el Diario Oficial el 27 de octubre de dos mil veintiuno.

Boletín Estadístico de la UIF-2023

Código de Comercio.

Código Penal de El Salvador, año 1998.

Código Procesal Penal de El Salvador, año 1996.

Comité del Consejo de Seguridad en virtud de las resoluciones 1267 (1999), 1989 (2011) y 2253 (2015) relativas al EIIL (Daesh), Al-Qaida y las personas, grupos, empresas y entidades asociadas

Constitución de la republica de El Salvador, año 1983.

Convención de Las Naciones Unida contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Viena, año 1988.

Convención de Las Naciones Unidas contra la corrupción. Naciones Unidas. Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito. Viena. New York, año 2004.

Convención de Las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trasnacional y sus protocolos. Oficina de las naciones unidas contra la droga y el delito, Palermo. Italia, año 2004.

Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionado con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, ratificado mediante Decreto Legislativo No. 126, de fecha 30 de octubre de 1997, publicado en el Diario Oficial No. 227, Tomo No. 337 de fecha 4 de diciembre del mismo año.

Convenio Centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. Secretaria de la organización de las naciones Unidas, Ciudad de Panamá, año 1997.

Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos. Decreto Legislativo Nº 498, de fecha 02 de diciembre de 1998, publicado en el Diario Oficial Nº 240, Tomo 341, del 23 del mismo mes y año.

Ley de extinción de dominio y de la administración de los bienes de origen o destinación ilícita, año 2013.

Norma ISO 37001, "Sistema de Gestion Antisoborno"

Norma ISO 373011, Compliance Empresarial

Normas del Banco Central de Reserva de El Salvador, emitidas por el Comité del BCR, 23-09-2022; Art. 1, objeto de la norma técnica.

Normas del Banco Central de Reserva de El Salvador, emitidas por el Comité del BCR, 23-09-2022, Art. 10

Proyecto de Ley de la denominada "Ley Especial para la Prevención, Control, y Sanción del Lavado de Activos, Financiamiento al Terrorismo y de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva" presentada a la asamblea legislativa en fecha 13 de diciembre del 2023,

Reglamento de Ley Contra lavado de dinero y activos de El Salvador, año 2000.

Guía de Activos Virtuales de GAFILAT, año 2023

PAGINAS WEB

Asamblea Legislativa
https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/correspondencia/4CCA02DF-7C4F-4B25-9725-821EB3618A5D.pdf

Banco Central de Reserva, https://www.bcr.gob.sv/.

Banco Central de Reserva, https://www.bcr.gob.sv/regulaciones/upload/NRP-36.pdf

Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidad www.un.org/securitycouncil/content/un-sc-consolidated-list.

Departamento de Estado www.wola.org

Departamento del Tesoro, https://www.state.gov

Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica, https://www.gafilat.org/index.php/es/noticias.

Grupo de Acción Financiera del Caribe, https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones.

Grupo de Acción Financiera Internacional https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones,

Grupo de acción Financiera Internacional https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones

Grupo de Acción Financiera Internacional https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones, página 88

Grupo de Acción Financiera Internacional, Estándares internacionales sobre la lucha contra el Lavado de Dinero y de Activos, Financiación del Terrorismo y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva, https://www.fatf-gafi.org/en/home.html , 28/10/2023.

Grupo de Acción Financiera Internacional, https://www.fatf-gafi.org/en/home.html

https://www.rae.es/

https://www.uif.gob.sv/aprobacion-de-la-ley-especial-para-la-prevencion-control-y-sancion-del-la-ft-y-de-la-proliferacion-de-armas-de-destruccion-masiva.

Oficina de Control de Activos Extranjeros, https://sanctionssearch.OCac.treas.gov/.

Organización de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Informe de la Fiscalía General de la República, Medidas sobre Prevención de Blanqueo de Dinero, Anexo 1. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup4/2015-August-31-to-September-2/Contributions_NV/Contribution_-_El_Salvador.pdf

Superintendencia del Sistema Financiero, Guía para monedas virtuales junio 2014. https://ssf.gob.sv/descargas/Documentos_lavado/GAFI%20PARA%20MONEDA%20VIRTUAL.pdf

Unidad de Investigación Financiera, Circular sobre Prorroga para Aplicación de Instructivo, https://www.uif.gob.sv/circular-sobre-prorroga-para-aplicacion-de-instructivo/ 23/octubre/2023.

Unidad de Investigación Financiera, https://www.uif.gob.sv/guia-para-proveedores-de-servicios-de-activos-virtuales/

Unidad de Investigación Financiera, Instructivo de la UIF, https://www.uif.gob.sv/wp-content/uploads/instructivos/Instructivo-de-la-Unidad-de-Investigacion-Financiera-Acuerdo-No085Diario-OCicial.

Unidad de Investigación Financiera, marco legal de prevención de LA/FT/FPADM. https://www.uif.gob.sv/

Unidad de Investigación Financiera, www.uif.gob.sv, https://www.uif.gob.sv/wp-content/uploads/gafi/10-Informe-de-Evaluacion-Mutua-3er-Round-SLV-Septiembre-2010-Final.pdf

www.iso.com.