



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**SISTEMA DE POSGRADO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**MAESTRÍA EN DERECHO BANCARIO Y
LEGISLACIÓN BURSÁTIL**

I PROMOCIÓN

DISEÑO DE PROPUESTA DE INTERVENCIÓN

**TEMA: APLICACIÓN DE UN CÓDIGO DE ÉTICA QUE
REGULE LAS OPERACIONES BANCARIAS CON LA
FINALIDAD DE SUPERAR BARRERAS
NORMATIVAS QUE ESTÁN AFECTANDO A
CLIENTES QUE NO TIENEN PRESENCIA FÍSICA EN
EL PAÍS Y CUYOS FONDOS PODRÍAN TENER
ORIGEN LÍCITO**

TUTOR:

DR. CARLOS SALMON ALVEAR

MAESTRANTES:

AB. JOSÉ MIGUEL GARCÍA BAQUERIZO
AB. MAURICIO DONATO SEMIGLIA DI LORENZO

Guayaquil, diciembre del 2013

INDICE

CAPÍTULO I	1
ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA	1
1. DIAGNÓSTICO PREVIO A LA PROPUESTA	1
1.1 Antecedentes de la Propuesta, contexto y necesidades a las que responde.	1
1.2 Justificación	5
2. OBJETIVOS	8
2.1. Objetivo General	8
2.2 Objetivos Específicos	8
3. RESULTADOS ESPERADOS	9
3.1 Resultados esperados con la propuesta de intervención.	9
3.2 Delimitación de la propuesta.	10
CAPÍTULO II	11
MARCO TEÓRICO	11
4.1 MAPA DEL MARCO TEÓRICO.	11
4.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA PROPUESTA.	11
4.2.1. ANTECEDENTES TEÓRICOS.	11
4.2.2. CONCEPTOS DE LAVADO DE ACTIVOS (L.A.).	17
4.2.3 Conducta Punible.	20
4.2.4 Origen delictivo de los activos.	22
4.2.5 Fundamentación deontológica de la penalización del L.A.	22
4.2.6 Fundamentación económica de la penalización del L.A.	23
4.2.7 El Delito de Lavado de Activos en sentido formal.	26
4.2.8 Tipificación del Lavado de Activos en Ecuador: Ley para la Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos.	27
4.2.9 El problema de la imputación.	32
4.2.10 ¿Cuál es el bien jurídico afectado por el L.A.?:	33
4.2.11 Régimen de prevención:	38
4.2.12 Identificación del riesgo	39
4.2.13 Control de operaciones	41
4.2.14 Fases del Lavado de Activos	42
4.2.15 Características del Lavado de Activos.	43
4.2.16 Implicaciones para el país y las Empresas	43
4.2.17 Financiamiento del Terrorismo	44
4.2.18 Principales Iniciativas Globales Contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.	45
4.2.19 ¿Que son las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF)?	55
4.2.20 Marco Legal Ecuatoriano	55
CAPÍTULO III	63
METODOLOGÍA	63
5. METODOLOGÍA DE LA ELABORACIÓN DE LA PROPUESTA	63
5.1 PROCEDIMIENTO EMPLEADO	63
5.2 RECURSOS PARA IMPLEMENTAR LA PROPUESTA	64
CAPÍTULO IV	65
DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA	65
6. PROPUESTA	65
6.1 CONTENIDO DE LA PROPUESTA	65

6.2	SUGERENCIAS PARA SU EJECUCIÓN	70
6.3	FACTIBILIDAD	70
6.4	VALIDACIÓN	71

CAPITULO V _____ **73**

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES _____ **73**

CONCLUSIONES _____ 73

RECOMENDACIONES _____ 74

BIBLIOGRAFÍA _____ **75**

PÁGINAS WEB _____ **77**

ANEXOS _____ **78**

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LA PROPUESTA

1. DIAGNÓSTICO PREVIO A LA PROPUESTA

Antecedentes de la Propuesta, contexto y necesidades a las que responde.

La sociedad mundial sufre las consecuencias del narcotráfico, del terrorismo internacional y de la corrupción política.

Una de las características actuales de la gran delincuencia es el paso de la criminalidad individual a otra que podríamos llamar corporativa, organizada con el objeto de obtener grandes beneficios económicos. Ello en parte es posible por la oportunidad que la llamada globalización de la economía mundial les ofrece, pues estos grupos tratan de optimizar las ganancias derivadas de sus actividades ilícitas reconduciendo hacia la economía legal los beneficios obtenidos fuera de ella.

Los efectos del narcotráfico son funestos, socavan las bases económicas, corroen las bases culturales y las estructuras políticas de la sociedad. El dinero proveniente del narcotráfico frecuentemente financia el crimen organizado y las actividades terroristas tendientes a desestabilizar los regímenes económicos que combaten el narcotráfico.

El **terrorismo** “es el uso sistemático del terror, para coaccionar a sociedades o gobiernos, utilizado por una amplia gama de organizaciones políticas en la promoción de sus objetivos, tanto por partidos políticos nacionalistas y no nacionalistas, de derecha como de izquierda, así como también por grupos religiosos, racistas, colonialistas, independentistas, revolucionarios, conservadores, ecologistas y gobiernos en el poder.”¹

¹ <http://es.wikipedia.org/wiki/Terrorismo>. Consultado el 20 de octubre de 2009.

“En términos generales, la corrupción política es el mal uso público (gubernamental) del poder para conseguir una ventaja ilegítima, generalmente secreta y privada. El término opuesto a corrupción política es transparencia. Por esta razón se puede hablar del nivel de corrupción o transparencia de un Estado.

Todos los tipos de gobierno son susceptibles a la corrupción política. Las formas de corrupción varían, pero las más comunes son el uso ilegítimo de información privilegiada, el tráfico de influencias, el pucherazo, el patrocinio, sobornos, extorsiones, influencias, fraudes, malversación, la prevaricación, el caciquismo, el compadrazgo, la cooptación, el nepotismo y la impunidad. La corrupción facilita a menudo otro tipo de hechos criminales como el tráfico de drogas, el lavado de dinero y la prostitución ilegal; aunque no se restringe a estos crímenes organizados, y no siempre apoya o protege otros crímenes.”²

El llamado crimen organizado, al decir de Jean Ziegler,³ aparece como una etapa superior del capitalismo, donde no hay fórmula de criminalidad macroeconómica sin participación de funcionarios, manteniendo relaciones perversas y promiscuas con la corrupción, envenenando las instituciones y debilitando la confianza en ellas. Las consecuencias económicas del lavado quizá no sean tan nocivas, pero las políticas son catastróficas. El enorme desafío es poder preservar a las instituciones republicanas de su enorme poder corruptor.

Para ello muchas medidas son posibles, incluso las penales, pero no podrá intentarse seriamente una estrategia de control punitivo de este ilícito, si antes no se desentraña la estructura funcional y operativa de los mecanismos financieros vulnerables, como también sus puntos de apoyo ilícitos, para así poder conocer acabadamente tanto las modalidades del

² http://es.wikipedia.org/wiki/Corrupci%C3%B3n_pol%C3%ADtica. Consultado el 20 de octubre de 2009.

³ Cita del Dr. Dr. h. c. José Sáez Capel, Profesor Consulto de la Universidad de Morón, en el prólogo de la obra “Lavado de Activos” del Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, 2010. Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). Quito-Ecuador.

accionar de sus redes de servicios como los mecanismos financieros involucrados, ello resulta imprescindible si se quiere razonablemente alcanzar un control de tales actividades.⁴

El Lavado de Activos es el “proceso de convertir, custodiar, ocultar o transferir dinero, bienes, efectos o ganancias, con el fin de evitar la identificación de su origen ilícito y hacerlos aparentar como legítimos”⁵.

El sistema financiero mundial es susceptible de legalizar o lavar los activos provenientes de dichas actividades. Las instituciones del sistema financiero privado, controladas por la Superintendencia de Bancos tienen la obligación legal y moral de evitar que, en la realización de sus operaciones, puedan ser utilizadas como instrumento para realizar actividades de lavado de activos, por lo tanto, están obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes. Las medidas de prevención deberán cubrir toda clase de servicios o productos financieros, sin importar que se realicen en efectivo, en divisas internacionales, o se refieran a transacciones documentarias electrónicas.

Las instituciones controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros deben, dentro de su reglamentación interna, contar obligatoriamente con políticas y procedimientos para prevenir el lavado de activos. El ejercicio inadecuado de controles por parte del banquero fomenta o permite el lavado de dinero con consecuencias funestas para la sociedad, genera sanciones de todo tipo para la institución y para sus representantes legales tales como el retiro del permiso de operación o la destitución del representante legal.

De ahí que creemos que, por esos antecedentes, más que crear otras disposiciones legales es necesario que los operadores y funcionarios bancarios como medida de autocontrol cuenten con un código de ética que

⁴ Sáez Capel, José, Dr. Dr. h. c., prólogo de la obra “Lavado de Activos” del Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, 2010. Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). Quito-Ecuador.

⁵ La Unidad de Inteligencia Financiera del Perú y el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y/o Financiamiento del Terrorismo. Marzo 2008, pag 12.

anteponga la moral en sus operaciones y ejercicio profesional, de manera que aquello constituya ejemplo de conducta ante sus clientes.

Cientos de miles de ecuatorianos se encuentran fuera del país por diversos motivos y circunstancias, los unos por estar cursando estudios universitarios o de posgrado, los otros por el tratamiento de alguna enfermedad, y otros, por haber conseguido un contrato de trabajo, lo cual les permite en un buen número estar domiciliados o residiendo legalmente en un país del exterior, pero aún los que no estuvieren legalmente, con su trabajo generan recursos de origen lícito que son remesados al Ecuador.

La condición legal de estas personas que demandan de un servicio bancario o financiero se puede establecer en unos casos con las matrículas de estudios, certificados de asistencia, recibos de pago de matrículas o de pensiones, becas, etc.; en otros, con las historias clínicas, exámenes médicos, facturas de hospitales, etc.; y, en otras, con el contrato de trabajo o nombramiento, la constancia del pago de sus remuneraciones o beneficios, seguros, etc.

El origen de los recursos para estas personas estará, para quienes los reciben, en la ayuda económica de familiares o amigos, en la venta de bienes muebles o inmuebles, propios o de sus padres o familiares; en herencias recibidas y administradas en el Ecuador; en negocios propios o de familiares, hasta en una lotería; y en el caso de quienes los envían, en el producto de sus trabajos o negocios, todo a simple vista lícito, bajo el principio de buena fe, y que no demanda más que conocer al cliente para saberlo.

Lo anterior se puede corroborar con declaraciones voluntarias y juramentadas, informes telefónicos; documentos legales tales como escrituras, facturas, cartas de venta, etc.; testamentos, posesión efectiva de bienes; documentación relativa a los negocios, balances, estados financieros, flujos; declaraciones de impuesto a la renta y otra documentación de soporte.

Esta falta de conocimiento del cliente y la aplicación ciega de las normativas sobre lavado de dinero y activos han producido una gran cantidad de negocios, inversiones y cuentas rechazadas, con el consiguiente perjuicio para la banca y sus clientes, a quienes a veces no se acepta, y en otras, se reporta indebidamente como transacciones sospechosas, por presumir algo que no se ha verificado.

Lo anterior nos lleva a preguntarnos ¿será necesaria la expedición de un código de ética que establezca los límites de la actuación del banquero privado en la prevención y control del lavado de activos y financiación del terrorismo?

1.2. Justificación

El volumen del mercado financiero y la complejidad de sus operaciones lo hacen idóneo como ningún otro sector, para operaciones de blanqueo, ello por la gran disparidad de las reglamentaciones nacionales financieras y bancarias, la deficiente o prácticamente nula supervisión en muchos países, la existencia del secreto bancario, la posibilidad de anonimato que con frecuencia brindan muchas legislaciones nacionales, las nuevas técnicas y procedimientos bancarios que, encaminados a agilizar las operaciones y facilitar los trámites a los clientes, son abundantemente utilizados por los blanqueadores para enmascarar sus operaciones.

Deberíamos preguntarnos entonces, si las leyes penales, como la ecuatoriana, tal como están dictadas, son de utilidad para perseguir tal fin. Pero, quien por un instante se anime a ver la realidad, verá que las leyes penales producen efectos que casi nunca son los que pretenden y que, a veces son exactamente opuestos. La plata sucia se ha convertido en un fenómeno macroeconómico y su supresión por ley es casi tan ridícula como la pretensión de prohibir la inflación.

Sin embargo, no todo se puede asumir bajo una presunción de culpabilidad, o de blanqueo de capitales o de activos, pues nuestro sistema jurídico parte del principio de que la buena fe se presume y que la mala fe debe probarse, salvo en aquellos casos en que la ley presuma esta última.

El buen gobierno corporativo de una institución del sector financiero privado busca asegurar el buen manejo y administración de la empresa, proteger los derechos de los inversionistas y del público en general, promoviendo la transparencia, la productividad, la competitividad y la integridad de las instituciones.

Entendemos por riesgo de exposición a actividades delictivas, aquel que tiene una persona natural o jurídica de ser utilizada como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión, o aprovechamiento en cualquier forma de activos o pasivos provenientes de actividades delictivas o destinadas a su financiamiento, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con dichas actividades delictivas.

El ejercicio inadecuado de controles por parte del banquero podría dar lugar al lavado de dinero y activos, con consecuencias funestas para la sociedad en general y para la persona jurídica dedicada al negocio de banca. Pero el ejercicio de los necesarios programas de prevención de lavado se debe ejecutar con criterio y horizontes definidos, pues aplicarlos de manera ciega provocará que se pase de la presunción de inocencia a la presunción de culpabilidad con la consiguiente pérdida de muchos negocios lícitos y la obstaculización de las operaciones bancarias.

En términos generales, en materia de prevención de lavado de dinero se debe evitar las transacciones efectuadas por compañías o personas sin presencia física en el lugar en el que se debe ejecutar la transacción, pero conocemos el caso de personas las cuales, por razones de estudio o de trabajo, se encuentran en el exterior y que por consiguiente no tienen presencia física en el Ecuador para quienes se dificulta o se hace imposible

la inversión o reinversión de sus réditos, ganancias o utilidades, razón por la cual es necesario contar con un código de conducta ética que priorice el análisis crítico global de las operaciones bancarias con la finalidad de superar barreras normativas que están afectando a clientes cuyos fondos tienen origen lícito y que no tienen una presencia física en el país y que, además, responda a la interrogante **¿CUÁLES DEBEN SER LOS LÍMITES DE LA ACTUACIÓN DEL BANQUERO ECUATORIANO PRIVADO EN LA PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS Y FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO?**

La tutela del bien jurídico “orden socio económico” exige la administración de los riesgos asociados al lavado de activos y al financiamiento del terrorismo por parte del gobierno corporativo de la banca, así como de los clientes, de las autoridades y del Estado.

Los agentes que participan en el mercado bancario manejan recursos del público y por lo tanto, requieren de la protección que la Constitución y la Ley consagran, para mitigar los riesgos (CONTROLES), razón por la cual se hace necesario revisar el rol y el marco de responsabilidad de los banqueros para cumplir la Ley, cumplir estándares éticos, mitigar y administrar riesgos, ganar confianza en los mercados y mejorar competitividad.

Sin descuidar la responsabilidad civil, administrativa o penal a la que están expuestos los administradores y funcionarios bancarios, el establecer un límite adecuado a la actuación del banquero ecuatoriano privado en la prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo permitirá que las personas sin presencia física en el país tengan la garantía de poder operar con normalidad y sin trabas dentro de la banca ecuatoriana si justifican el origen lícito de los recursos.

El ejercicio inadecuado de controles por parte del banquero fomenta o permite el lavado de dinero con consecuencias funestas para la sociedad, de otra parte, la ejecución de dichos programas de prevención de lavado

ha ocasionado que se pase de la presunción de inocencia a la presunción de culpabilidad. Se pierden muchos negocios y se dificultan las operaciones bancarias para el caso de personas sin presencia física en el país que están ausentes por viajes, estudios, etc., razón por la cual es necesario establecer un código ético que enmarque **LA ACTUACIÓN DEL BANQUERO ECUATORIANO PRIVADO EN LA PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS Y FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO, FIJANDO LOS LÍMITES DE SU RESPONSABILIDAD.**

2. OBJETIVOS

2.1. Objetivo General

Elaborar una propuesta para la implementación de un programa eficiente contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo a través de un código de ética que fije la responsabilidad del banquero ecuatoriano privado en la prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo.

2.2. Objetivos Específicos

Analizar críticamente la normativa sobre lavado de activos aplicable a las operaciones bancarias que está afectando las transacciones de personas no residentes en el país y que cuentan con recursos de origen lícito.

Evitar la pérdida de negocios y facilitar las operaciones bancarias a aquellas personas que aunque no tengan una presencia física en el país, puedan justificar la procedencia legal de su dinero.

Presentar criterios eficaces de análisis de transferencias de fondos con la finalidad de establecer controles preventivos de lavado de dinero o de financiamiento del terrorismo.

3. RESULTADOS ESPERADOS

3.1 Resultados esperados con la propuesta de intervención.

Los cambios que se espera se produzcan con esta propuesta de intervención son entre otros los siguientes:

Consolidar las prácticas del buen gobierno corporativo en las instituciones del sector financiero privado para asegurar el buen manejo y administración de la empresa, protegiendo de esta manera los derechos de los inversionistas y del público en general, promoviendo la transparencia, la productividad, la competitividad y la integridad de las instituciones.

Procurar una detección, prevención y disuasión eficiente y eficaz del lavado de dinero sospechoso y de la financiación del terrorismo.

Generar confianza en la actividad bancaria mediante una auto regulación ética que fije límites en sus operaciones de manera que detecte y bloquee posibles contaminaciones del lavado o blanqueo de dinero o activos.

Evitar el riesgo de exposición a actividades delictivas al cual se encuentran expuestas las instituciones del sistema financiero y sus operadores.

Ejercer adecuados controles por parte del banquero que eviten el lavado de dinero y activos. Controles efectivos y eficaces que no se apliquen de manera ciega, con la consiguiente pérdida de muchos negocios lícitos y la obstaculización de las operaciones bancarias, y que no destruyan la presunción de inocencia.

Contemplar el caso de aquellas personas que por razones de salud, estudio o de trabajo, se encuentran en el exterior y que por consiguiente no tienen presencia física en el Ecuador, para que bajo la política de “conociendo al cliente”, se les permita realizar sus operaciones, mandatos fiduciarios e

inversiones bancarias y financieras, para manejar su dinero en el exterior o invertir sus réditos, ganancias o utilidades en el Ecuador.

Mayor conocimiento y control del cliente de las instituciones financieras privadas para evitar el testaferrismo.

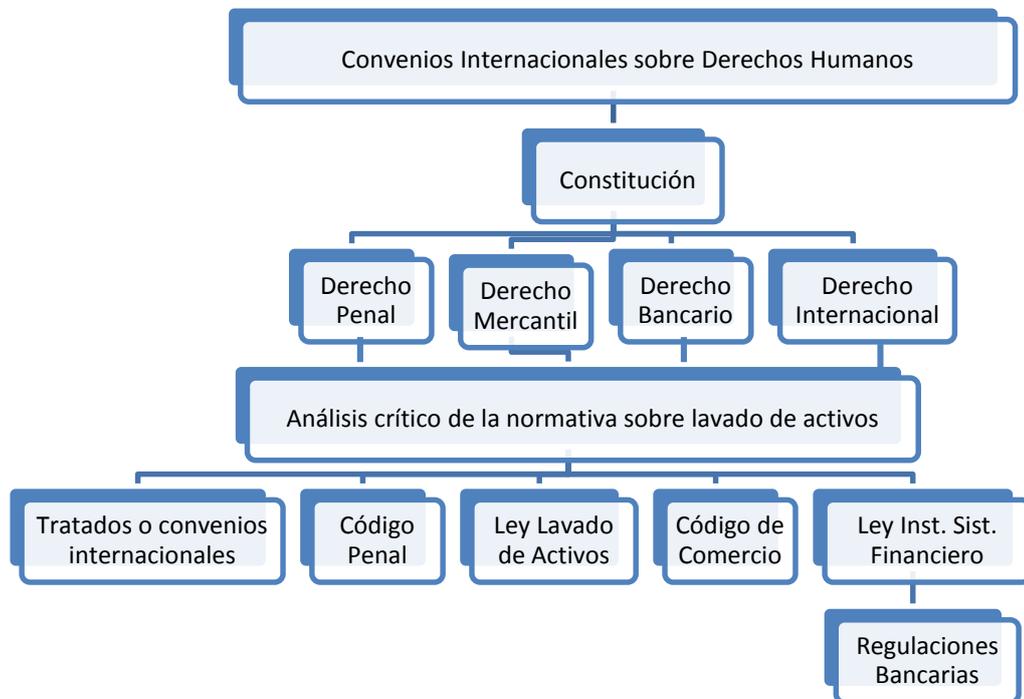
3.2 Delimitación de la propuesta.

- **Campo:** Derecho Bancario.
- **Área:** Regulación Bancaria.
- **Aspecto:** Control.
- **Tema:** Aplicación de un Código de ética que regule las operaciones bancarias con la finalidad de superar barreras normativas que están afectando a clientes que no tienen presencia física en el país y cuyos fondos podrían tener origen lícito.
- **Propuesta:** La elaboración de un código de ética que regule las operaciones bancarias.
- **Delimitación Espacial:** Banca Privada Ecuatoriana
- **Delimitación Temporal:** Mayo de 2011 a Octubre de 2013

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

4.1 MAPA DEL MARCO TEÓRICO.



4.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA PROPUESTA.

4.2.1. ANTECEDENTES TEÓRICOS.

El término lavado de activos o blanqueo nos transporta a la ciudad de Chicago, Estados Unidos, en la década de 1920. El famoso gánster estadounidense Alphonse Gabriel Capone, conocido como Al Capone (forma contracta de su primer nombre y su apellido), también conocido como Cara Cortada, quien fuera una de las figuras más importantes del crimen organizado de esa época.

Al Capone creó el "Sindicato del Crimen" y se convirtió en el "Rey del hampa" en la ciudad de Chicago. A pesar de que su poder no fue mucho más allá de la ciudad Chicago, su nombre generaba temor y respeto en los bajos fondos del país. Al Capone se enriqueció gracias al tráfico ilegal de bebidas alcohólicas ocasionado por la Ley Seca (LA PROHIBICIÓN), y a

través de su vasta red clandestina de salas de juego. Se calcula que en 1927 la fortuna de Al Capone ascendía a cien millones de dólares. Al Capone siempre hacía sus negocios con testaferros y no había registros que lo relacionasen con sus ganancias, pues declaraba como actividad la venta de antigüedades.

Las nuevas leyes promulgadas en 1927 permitieron al gobierno federal perseguir a Al Capone por evasión de impuestos, su mejor opción para encarcelarlo al fin. Al Capone fue perseguido por el agente de la "Agencia de Prohibición" Eliot Ness y sus agentes incorruptibles "Los Intocables" y por el agente del IRS Frank Wilson, que fue capaz de encontrar recibos que relacionaban a Capone con ingresos por juego ilegal y evasión de impuestos por esos ingresos. Al Capone nunca pudo demostrar el origen de sus ingresos (delito fiscal), lo cual generó un hito en la lucha contra la criminalidad organizada.

La lección extraída por las autoridades estadounidenses luego de dicha experiencia es que cuando se lucha contra la criminalidad organizada es difícil encontrar evidencias para demostrar el delito e incriminar a las personas, por lo tanto, para tener eficacia en la lucha contra el crimen hay que perseguir los rendimientos, beneficios y utilidades de esas actividades ilícitas porque si bien en este caso, había una estructura criminal organizada como empresa, la conducta delictiva no la generaba directamente Al Capone, por esa razón encontrar evidencias en su contra era difícil, al igual que sucede hoy con los grandes Capos de los carteles de la droga.

El primer mecanismo para eludir la acción de la justicia fue comprar una gran cadena de lavanderías automáticas en Chicago. En Estados Unidos de América del Norte, el negocio de lavanderías automáticas es muy tradicional. Como en dicho negocio se manejan monedas, se recibe mucho dinero en efectivo y el control fiscal de estos ingresos es muy complicado. El crimen organizado lo que hacía es que, al final del día, mezclaba el dinero proveniente del negocio de lavanderías con el dinero del licor para

darle apariencia lícita al dinero proveniente de la venta del licor y así se dificultaba a las autoridades el vincular los ingresos del licor, por eso el nombre de LAVADO DE ACTIVOS.

Cuando la prohibición terminó en los Estados Unidos, la lucha contra los negocios ilícitos pasó a un segundo plano. Hasta la década de los 70 en la administración de Richard Nixon, el Acta de Reserva Bancaria es un documento importante en la lucha contra la criminalidad organizada. Se establece una regulación acerca del secreto bancario en el cual, tradicionalmente, se daba privilegio a los derechos de los clientes. Así, el acta estableció los límites de esta reserva bancaria y se atribuyó a las autoridades una serie de facultades para requerir información y le impuso a las entidades financieras la obligación de facilitar la información contra la criminalidad de cuello blanco, para combatir eficazmente los delitos.

Hacia la década de los 80, la comunidad internacional plantea ante la ONU su preocupación sobre el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Así, en el año 84 se acuerda crear una Comisión de expertos para redactar una Convención para la lucha contra el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas; y, en el año 1988 se dan cita en Viena para suscribir el texto de la Convención.

En la Convención de Viena se establecen recomendaciones que obligan a los Estados miembros a incorporar en su derecho interno disposiciones para prevenir el consumo, el tráfico, y la producción de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Se hace énfasis en la necesidad de establecer una política que permita resquebrajar las organizaciones de tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas a las cuales hay que privar de los recursos provenientes de esos negocios. En la Convención de Viena se recomienda a los países:

- 1.- Tipificar el lavado de activos como un delito autónomo dentro de su legislación interna y sancionar penalmente a las personas a que contribuyan a encubrir los recursos provenientes de estos negocios.

2.- Todos los países miembros tienen que expedir disposiciones internas que obliguen a las instituciones financieras a adoptar reglamentos y políticas para prevenir que sean utilizadas como vehículo para el manejo, aprovechamiento e inversión u ocultamiento de estos recursos de origen ilícito.

En 1988 también se comenzó a discutir el problema de consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en el seno de la OEA y se conformó la Comisión Interamericana para el Control del Consumo de Drogas (CICAD) que trabajó durante varios años y elaboró el Reglamento Modelo para el Control del tráfico de estupefacientes y lavado de activos. Este modelo ha sido objeto de múltiples modificaciones; la última es del 2005: importante en Latinoamérica. En diferentes países hay organismos encargados de la lucha contra el Lavado de Activos.

El TRACFIN: es francés, y quería convertirse en un organismo de inteligencia financiera para detectar el delito financiero. Recopilaba información de las entidades financieras sobre actividades sospechosas de ser constitutivas de lavado de activos o cualquier otro delito financiero. Todas las entidades financieras tenían la obligación de darla. Había la posibilidad de solicitar información, y adicionalmente, se podía analizar y procesar esa información para dársela decantada a la Administración de Justicia.

Para estimular esta actividad la ley francesa dispuso que esta información sea entregada por las entidades financieras al TRACFIN, bajo estricta reserva: no se le informaba al cliente. El banco no podía realizar ninguna actividad que pudiera tener sospecha al cliente.

El mérito fue entender que la identificación de las operaciones sospechosas es lo primero para el control del lavado de activos:

1. El reporte es obligatorio para todas las instituciones financieras.
2. La información reportada es confidencial sino que adicionalmente la ley prevé expresamente que ese reporte es institucional (no está firmado por un funcionario) y que no surge de él ningún tipo de responsabilidad penal, ni civil, ni es una denuncia.

No había una disposición que estableciera qué se entendía como actividad sospechosa, y quedaba a discreción de cada entidad financiera establecer la actividad sospechosa.

Siguiendo el ejemplo, USA hizo lo propio y crearon el FINCEN como una fuerza o red de Instituciones contra los crímenes financieros. Es el organismo de inteligencia del gobierno de los estados federales (delito federal: tráfico de drogas y lavado de activos). siempre prima la ley federal ante la estatal. Su función es similar a la del TRACFIN. Estaba apoyado del Acta de Reserva Bancaria desde la época de Nixon, ellos tenían la base de datos de todas las entidades financieras. El FINCEN trabaja a través de dependencias en todos los Estados Unidos, por eso es una Red de micro unidades de inteligencia financiera.

Al final de la década de los 90 surge un segundo documento que se da en el marco de un organismo conocido como CBCS o Comité de supervisión Bancaria de Basilea; ellos básicamente lo que hacen es aglutinar a los Directores de los Bancos Centrales de toda la Unión Europea: controlan riesgos financieros, confieren los controles para ello. Obviamente esto es mucho más amplio, no solo lo de lavado de activos. En el ámbito de lavado de activos se conoce como EL COMITÉ DE BASILEA 1.

Su importancia es que antes todos se dirigían a las instituciones financieras y a los Estados para prevenir el lavado de activos, en cambio este Comité hace recomendaciones no solo para las instituciones sino que les dice a los Estados de qué manera las instituciones de control deben supervisar que las instituciones financieras cumplan con las disposiciones. Es decir, se establece una SUPERVISION basada en el CUMPLIMIENTO.

Los diferentes Estados tendrían que incorporar en sus legislaciones una serie de requisitos mínimos que tendría que cumplir el sistema de prevención adoptado por cada entidad y luego se tiene que realizar una auditoría para comprobar que están cumpliendo: manual, código de conducta, oficial de cumplimiento, etc.

Hacia el año 2003 ese Comité de Basilea se volvió a reunir sobre este tema COMITÉ DE BASILEA 2: se dieron cuenta de que no era eficaz porque los organismos de supervisión solo hacían una supervisión formal, no entraban a mirar si ese sistema era eficaz y eficiente para prevenir el lavado de activos. Podría cumplir todos los requisitos legales pero no se sabía si funcionaba. Entonces se cambia el modelo y dice: es necesario hacer una supervisión de gestión. Hay que establecer cómo la entidad GESTIONA y mitiga los riesgos para el lavado de activos. Entonces hacen la supervisión basada en cumplimiento y basada en gestión. Estas recomendaciones no han sido adoptadas por todos los países Latinoamericanos. Colombia es el pionero en ese modelo de gestión.

Hacia el año 2005 tenían un modelo de supervisión basada en cumplimiento SIPLA (sistema integral para lavado de activo). En este año cambia y se obliga a SARLA/FT (Sistema de Administración de riesgo de Lavado de Activos y financiación del Terrorismo). El último gran paso y avance se produjo después de los ataques del 11 de Septiembre. La ONU convoca a una convención para la lucha contra el terrorismo, la CONVENCION DE PALERMO, se buscan mecanismos para prevención del terrorismo: se encuentra que existe una estrecha relación entre terrorismo y lavado de activos: se valen de actividades ilícitas para obtener recursos y financiar el terrorismo. Establecen mecanismos para prevenir la financiación del terrorismo. Es por eso que las naciones incorporan este tema en sus sistemas de prevención de lavado de activos, le añaden "...y financiación de terrorismo".

4.2.2. CONCEPTOS DE LAVADO DE ACTIVOS (L.A.).

El lavado de activos puede ser conceptualizado como:

Lavado de activos en sentido material.

Delito en sentido material: fenómeno social.

Lavado de activos en sentido formal.

Delito en sentido formal: descripción típica

Lavado de Activos en sentido material

“El concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo derecho penal codificado y pregunta los criterios materiales de la conducta punible. Por lo tanto, el concepto material de delito es previo al Código penal y le suministra al legislador un criterio político criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune”.⁶

Conceptos indeterminados de Lavado de Activos

A continuación citamos varios conceptos de lavado de activos calificados en doctrina como indeterminados, pero que igual aportan a su definición.

“El proceso en virtud del cual los bienes de origen ilícito se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita”⁷

“Un proceso tendiente a obtener la aplicación en actividades lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cuál sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad”⁸

⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, pág. 51.

⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales. Pág. 101.

⁸ FABIAN CAPARROS, Eduardo. El delito de blanqueo de capitales. Pág.76.

“El procedimiento subrepticio, clandestino y espurio mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades ilícitas, son reciclados al circuito normal de capitales o bienes y luego usufructuados mediante ardides tan heterogéneos como tácitamente hábiles”.⁹

“Estratagema por la que un sujeto poseedor de dinero sustraído al control de las Haciendas Públicas, lo incorpora al discurrir de la legitimidad, ocultando la infracción fiscal implícita, en su caso, el origen delictivo de la riqueza”.¹⁰

“El proceso de ocultamiento de dineros de origen ilegal y los subsiguientes actos de simulación respecto de tal origen, para hacerlos parecer como ilegítimos”.¹¹

Problemas de los conceptos indeterminados de L.A.

Los conceptos indeterminados son demasiado generales y no permiten diferenciar adecuadamente el L.A. de otros fenómenos similares, porque:

- a) No ofrecen suficientes elementos para diferenciar el L.A. de otras modalidades de encubrimiento, como por ejemplo la receptación; o,
- b) No ofrecen una idea de cómo es el proceso mediante el cual se encubre el origen ilícito de los recursos.

⁹ ESCOBAR, Raúl Tomás. El crimen de la droga. Tóxicos, depresores, estimulantes, drogadicción, narcotráfico. Lavado de dinero. Sida. Mafias. Pág.381.

¹⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Política criminal y reforma penal. Pág.147.

¹¹ SINTURA VARELA, Francisco José. Concesión de beneficios por colaboración con la Justicia y lavado de activos. Pág. 93

Conceptos fijados de Lavado de Activos.

Otros autores pasan de lo indeterminado del concepto a una búsqueda de una precisión práctica demasiado específica, como los siguientes:

“Conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al Producto Nacional Bruto de cada país – de modo transitorio o permanente – de los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con transacciones de macro o micro tráfico de drogas”.¹²

“Se considera blanqueo, el acto de ocultar, encubrir la naturaleza, origen y disposición, movimiento o propiedad del producto, incluyendo el movimiento o conversión del mismo por transmisión electrónica”.¹³

Problemas de los conceptos fijados de L.A.

Los conceptos fijados son demasiado precisos, y dejan por fuera algunas modalidades de Lavado de Activos, porque:

- a) Vinculan el L.A. a ciertos delitos específicos, como el narcotráfico por ejemplo.
- b) Vinculan el L.A. a ciertos mecanismos de colocación o circulación de recursos, como las transacciones electrónicas.
- c) Vinculan el L.A. a ciertos bienes específicos, como el dinero por ejemplo.

Concepto abierto de Lavado de Activos.

Idea reguladora: El L.A. es un proceso para encubrir el origen ilícito de ciertos activos y darles apariencia de legalidad.

Elementos descriptivos:

¹² PRADO SALDARRIAGA, Víctor. El delito de lavado de dinero. Pág.15.

¹³ REGGIARDO, Andrés. Presidente de la Comisión Primera del Parlamento Andino.

Es una modalidad de encubrimiento.

Es un proceso.

El objeto es encubrir el origen de los activos y no los activos mismos.

El lavado solo recae sobre activos de origen ilícito delictivo.

4.2.3 Conducta Punible.

El lavado de activos: ¿Es una conducta punible co-penada? ¿Es una modalidad de encubrimiento?

Eduardo Fabián Caparros sostiene que no:

“En efecto, los actos cuyo estudio ocupó la primera parte de este trabajo no están ordenados – como lo está el favorecimiento, ya sea real o personal – a evitar la persecución del delito previo, toda vez que su fin prioritario estriba en distanciar progresivamente las ganancias de su origen para así dotarlas de una apariencia de licitud y, de ese modo, poderlas reinvertir en el mercado. Por lo tanto, el encubrimiento no es el objetivo que inspira el origen de una operación de reciclado, sino una consecuencia colateral, quizás necesaria, de la que también se beneficia el delincuente”.¹⁴

El L.A. es necesario para el delincuente por las siguientes razones:

Porque los activos pueden ser utilizados como prueba de cargo.

Porque los activos pueden ser incautados y decomisados.

Porque la tenencia de los activos implica un problema de seguridad.

En algunos delitos, el objetivo es incorporar el activo al circuito económico ordinario, pero para realizar la finalidad del delito. Por ejemplo, el ladrón que vende el bien hurtado para obtener el dinero que lo motivo a delinquir. En estos casos, la incorporación del activo al circuito económico es necesaria para el agotamiento del delito.

¹⁴ FABIAN CAPARROS, Eduardo. Obra citada.

Lo que diferencia el L.A. de esos supuestos, es que el activo se incorpora al circuito económico para encubrir el delito previo, y no para agotar el delito previo. El delincuente sabe que si no oculta el verdadero origen de los activos, estos serán incautados por las autoridades, utilizados como prueba de cargo en su contra y más tarde decomisados.

El proceso de L.A. ciertamente tiene como finalidad introducir los activos ilícitos en el circuito económico legal. Pero esa es sólo su finalidad inmediata. La finalidad última de este procedimiento es obstaculizar la acción de las autoridades respecto del delito previo: persecución del delito y decomiso de bienes.

Conclusión: La introducción de los activos al circuito económico ordinario es el medio para encubrir y eludir las consecuencias penales y civiles del delito previo.

Modelo de fases del FATF (GAFI):

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), concibe el lavado de activos bajo un modelo que comprende las siguientes fases:

Fase de colocación.

Fase de ocultamiento.

Fase de integración.

El objeto del L.A. no es ocultar los activos mismos, sino ocultar su verdadero origen. El propósito del lavado según el GAFI, no es el ocultar los activos en si, sino desvincularlos de cualquier origen ilícito al completar la fase de integración a los mercados lícitos.

4.2.4 Origen delictivo de los activos.

Los activos pueden tener un origen ilícito no delictivo: por ejemplo, de un pago de lo no debido, del incumplimiento de un contrato, de una evasión de impuestos etc. Si la conducta previa no tiene relevancia penal, tampoco debe tenerla la conducta posterior que busca encubriarla. Por esta razón, el L.A. sólo recae sobre activos de origen ilícito delictivo.

¿El L.A. es una conducta punible copenada? Si el L.A. es una modalidad de encubrimiento, ésta debería estar copenada. El derecho a la no autoincriminación conlleva el derecho a no ser obligado a entregar pruebas de cargo. Por esta razón, los delitos de encubrimiento normalmente excluyen del tipo a quienes participaron en el delito previo. Así, para quien participa en el delito previo la sanción por ese delito abarca el reproche por el L.A., y para quien no participó en el delito previo, puede imponerse una sanción por L.A. como delito autónomo.

¿En qué consiste el injusto del L.A.?, ¿Dónde está el desvalor del L.A.?
La pregunta por el desvalor del lavado de activos, puede responderse desde dos puntos de vista: el Deontológico y, el del análisis económico del Derecho Penal.

4.2.5 Fundamentación deontológica de la penalización del L.A.

Uno de los pilares fundamentales está constituido por el trabajo. La Constitución reconoce y ampara la propiedad obtenida con base en el mérito y el esfuerzo que el trabajo implica, y se lo desestimula en alto grado si se admitiera, que sin apelar a él, de modo fácil, por fuera de escrúpulos y restricciones, puede obtenerse y acrecentarse el patrimonio familiar.

Lo propio tiene que afirmarse de la libertad de empresa, de la actividad económica y de la iniciativa privada, aseguradas dentro de nuestro sistema dentro de los límites del bien común y bajo el supuesto de las obligaciones

y los compromisos que implica su función social. La industria, el comercio, la producción agrícola y ganadera, la intermediación financiera, la gestión empresarial en sus diversas modalidades, razonable y lícitamente ejercidos, son factores de desarrollo que la Constitución protege, y fuente legítima de progreso y bienestar para quien se ocupa de ellos. En cambio, el montaje de empresas delictivas, la ejecución de actos con objeto ilícito, el saqueo del tesoro público, el negocio basado en la corrupción, la ganancia obtenida en abierta oposición a los valores jurídicos y éticos que la comunidad profesa son extraños al orden constitucional, atentan contra él y conspiran gravemente contra la pacífica convivencia y contra el bien común y privado, por lo cual no pueden acogerse a sus garantías ni contar con su protección.

El lavado de activos atentó contra valores y principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho, tales como:

La prevalencia del bien común.

El respeto a la propiedad privada legítimamente obtenida.

El trabajo honrado.

La solidaridad.

La honestidad.

4.2.6 Fundamentación económica de la penalización del L.A.

Teoría de la elección racional: Al decidir entre varios cursos de acción posibles para obtener determinados objetivos deseados, los individuos racionales elegirán la opción que maximice su utilidad o beneficio con el menor coste o riesgo posible.

Muchas personas delinquen por motivaciones que no tienen connotación económica: venganza, perversiones sexuales, deseo de poder, incluso fines altruistas.

A la luz de la teoría de la elección racional, la decisión criminal tiene en cuenta las siguientes variables:

Utilidad esperada = Valor del lucro derivado del delito.

Coste esperado = Magnitud de la pena a imponer por el delito.

Probabilidad de aplicación del castigo.

No obstante, una gran cantidad de delitos se explican únicamente por la finalidad de lucro que persigue el agente.

De acuerdo con la teoría de la elección racional, el sujeto tomará la decisión de cometer el delito, cuando la utilidad esperada supere el coste esperado teniendo en cuenta la probabilidad de aplicación del castigo.

A partir de la teoría de la elección racional, una estrategia racional para combatir los delitos que persiguen fines económicos sería desestimular la comisión del delito, impidiendo que los sujetos puedan lucrarse mediante la comisión del delito.

La **Ley para la Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos**, establece como una de sus finalidades y objetivos el comiso de los activos de origen ilícito:

“Art. 1.- Esta Ley tiene por finalidad prevenir, detectar oportunamente, sancionar y erradicar el lavado de activos y el financiamiento de delitos, en sus diferentes modalidades. Para el efecto, son objetivos de esta Ley los siguientes:....c) Decomisar, en beneficio del Estado, los activos de origen ilícito; y, d) Realizar las acciones y gestiones necesarias para recuperar los activos que sean producto de los delitos mencionados en esta ley, que fueren cometidas en territorio ecuatoriano y que se encuentren en el exterior”.

“Art. 17.- La condena por delito de lavado de activos incluirá la pena de comiso especial de conformidad con lo previsto en el Código Penal y las disposiciones de esta Ley.

Así mismo, de ser el caso, la condena por delito de lavado de activos dará lugar a la extinción de la persona jurídica creada para el efecto.

Cuando la condena sea dictada en contra de dignatarios, funcionarios o empleados públicos o privados, éstos serán sancionados con la incapacidad perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público, o cumplir funciones de dirección en entidades del sistema financiero y de seguros”.

Extinción del derecho de Dominio, ventajas frente al Comiso:

Es independiente de la acción penal: no se ve afectada por la absolución, la prescripción, la muerte del procesado o cualquier otra decisión absolutoria penal.

Procede por cualquier delito, no sólo por el delito por el que fue condenado el agente.

Recae sobre los derechos reales de terceros, salvo que demuestren su buena fe: por ejemplo, los herederos o testafierros.

El comiso de bienes de origen ilícito contribuye a desestimular la comisión de conductas punibles, porque priva al sujeto del producto del delito.

Sin embargo, el comiso no siempre puede aplicarse, precisamente porque los bienes han sido sometidos a un proceso de lavado de activos, y las autoridades no pueden vincularlos con el delito previo.

La penalización del lavado de activos contribuye a desestimular los delitos que tienen como finalidad la obtención de un beneficio económico, porque eleva el coste esperado del delito y aumenta la probabilidad de aplicación del castigo, al punto que la utilidad esperada no compensa el riesgo asumido por el agente.

Efectos macroeconómicos negativos, causados por el L.A.:

Revaluación.

Aumento de la inflación.

Aumento de las tasas de interés.

Aumento del contrabando.

Disminución de la producción interna.

Aumento del desempleo.

Disminución de la inversión extranjera (a causa de la relación entre L.A. y F.T.)

Fuentes:

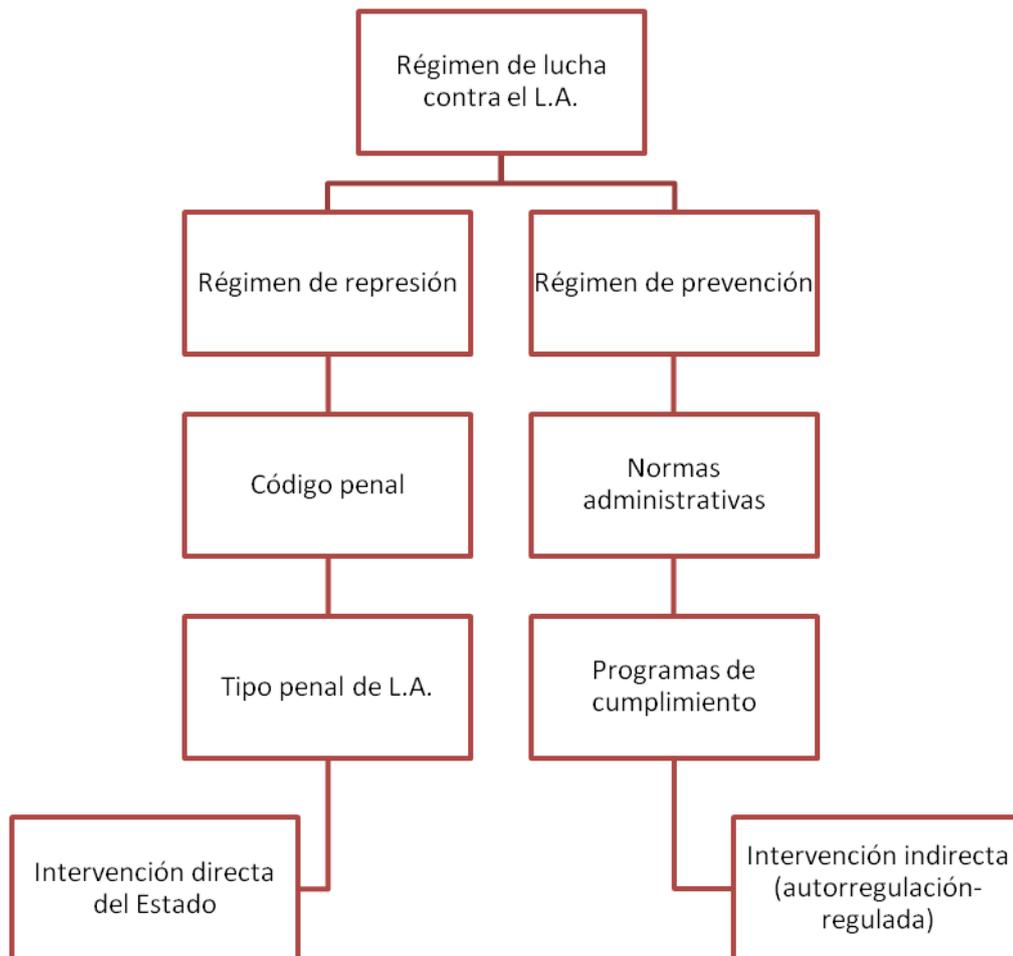
World Bank. Combating money laundering and the financing of terrorism: a comprehensive training guide: Effects on economic development and international standards. 2009.

FATF. Global money laundering and terrorism financing. Threat assessment. A view of how and why criminals and terrorists abuse finances, the effects of this abuse and the steps to mitigate these threats. July 2010.

4.2.7 El Delito de Lavado de Activos en sentido formal.

El delito en sentido formal es el precepto normativo que regula los presupuestos y consecuencias de una conducta conminada con pena o medida de seguridad.¹⁵

¹⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal general. Pág.41.



4.2.8 Tipificación del Lavado de Activos en Ecuador: Ley para la Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos.

“Art. 14.- Comete delito de lavado de activos el que dolosamente, en forma directa o indirecta:

a) Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, transporte, convierta o se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito;

b) Oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito;

c) Preste su nombre o el de la sociedad o empresa, de la que sea socio o accionista, para la comisión de los delitos tipificados en esta Ley;

d) Organice, gestione, asesore, participe o financie la comisión de delitos tipificados en esta Ley;

e) Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos; y,

f) Ingreso y egreso de dinero de procedencia ilícita por los distritos aduaneros del país.

Los delitos tipificados en este artículo, serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de otros delitos cometidos dentro o fuera del país. Esto no exime a la Fiscalía General del Estado de su obligación de demostrar fehacientemente el origen ilícito de los activos supuestamente lavados”.

Es importante destacar que la ley ecuatoriana citada en el párrafo anterior sanciona con **pena de prisión, a quienes incriminan falsamente a otras personas en delitos de lavado de activos**, como se lo hace en el artículo 18.

“Art. 18.- El que, en forma dolosa, realice acciones tendientes a incriminar falsamente a una o más personas en cualquiera de los delitos sancionados por esta Ley, será sancionado con prisión de uno a tres años.

Se aplicará el máximo de la pena si los actos señalados en el inciso anterior fueren cometidos por un funcionario o empleado público o privado”.

Tipificación del L.A. en Colombia

El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionada con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá por esa sola conducta <sic>, en prisión de ocho (8) a veintidós (22) años y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Tipificación del L.A. en España.

1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas,

estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código.

En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.

Tipificación del L.A. en USA

§ 1956. Laundering of monetary instruments

(a) (1) Whoever, knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity, conducts or attempts to conduct such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity— (A) (i) with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or

(ii) with intent to engage in conduct constituting a violation of section 7201 or 7206 of the Internal Revenue Code of 1986; or

(B) knowing that the transaction is designed in whole or in part— (i) to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or

(ii) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law, shall be sentenced to a fine of not more than \$500,000 or twice the value of the property involved in the transaction, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both. For purposes of this

paragraph, a financial transaction shall be considered to be one involving the proceeds of specified unlawful activity if it is part of a set of parallel or dependent transactions, any one of which involves the proceeds of specified unlawful activity, and all of which are part of a single plan or arrangement.

(2) Whoever transports, transmits, or transfers, or attempts to transport, transmit, or transfer a monetary instrument or funds from a place in the United States to or through a place outside the United States or to a place in the United States from or through a place outside the United States— (A) with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or (B) knowing that the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer represent the proceeds of some form of unlawful activity and knowing that such transportation, transmission, or transfer is designed in whole or in part— (i) to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or

(ii) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law, shall be sentenced to a fine of not more than \$500,000 or twice the value of the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both. For the purpose of the offense described in subparagraph (B), the defendant's knowledge may be established by proof that a law enforcement officer represented the matter specified in subparagraph (B) as true, and the defendant's subsequent statements or actions indicate that the defendant believed such representations to be true.

(3) Whoever, with the intent— (A) to promote the carrying on of specified unlawful activity;

(B) to conceal or disguise the nature, location, source, ownership, or control of property believed to be the proceeds of specified unlawful activity; or

(C) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law, conducts or attempts to conduct a financial transaction involving property represented to be the proceeds of specified unlawful activity, or property used to conduct or facilitate specified unlawful activity, shall be fined under this title or imprisoned for not more than 20 years, or both. For purposes of this paragraph and paragraph (2), the term "represented" means any

representation made by a law enforcement officer or by another person at the direction of, or with the approval of, a Federal official authorized to investigate or prosecute violations of this section.

4.2.9 El problema de la imputación.

El Lavado de Activos normalmente se tipifica como un delito de mera conducta. Teniendo en cuenta lo anterior, cabe la discusión acerca de si es posible la aplicación de la teoría de la imputación objetiva para resolver los problemas de imputación.

La omisión en el Lavado de Activos

El L.A. puede cometerse en la modalidad de comisión por omisión, pero para tal efecto, el desvalor de la omisión del agente debe ser equivalente al desvalor de la acción tipificada.

Por esta razón, el agente debe tener posición de garante para que pueda imputársele responsabilidad por L.A. a título de comisión por omisión.

Fuentes de la posición de garante en el L.A.:

Teoría formal de la posición de garante: La ley, el contrato y la injerencia.

Teoría material de la posición de garante: Estrecha comunidad de vida, comunidad de riesgo, asunción voluntaria, deber legal de vigilancia de la fuente de riesgo preexistente y la injerencia.

¿Quiénes tienen posición de garante?

Al interior de una institución financiera normalmente tienen posición de garante frente al riesgo preexistente de L.A., las siguientes personas:

El oficial de cumplimiento.

El representante legal.

Los miembros de la junta directiva.

Los órganos de auditoría, revisoría fiscal y control interno.

La posición de garante

El manual de procedimientos y funciones es una fuente primaria de deberes de garante frente al riesgo preexistente de L.A.

4.2.10 ¿Cuál es el bien jurídico afectado por el Lavado de Activos?:

¿La administración de justicia?

¿El orden económico?

¿La seguridad pública?

El problema del bien jurídico:

En cualquier caso, el bien jurídico afectado por el L.A. tiene las siguientes características:

Es un bien jurídico supraindividual de tipo colectivo.

Es un bien jurídico inmaterial.

El problema de la lesividad del L.A.:

El Lavado de Activos lesiona un bien jurídico inmaterial. Por consiguiente, no es posible constatar materialmente su afectación.

El L.A. es un tipo penal de peligro:

Abstracto.

Acumulativo.

La afectación del bien jurídico en el L.A. es producto de una conclusión, a la que llegamos gracias a nuestra comprensión de ciertos fenómenos sociales.

¿Es legítima la tipificación de un delito de peligro abstracto y acumulativo como el L.A.?

El L.A. imprudente.

Como el L.A. es un tipo penal de peligro abstracto y acumulativo, en principio no sería legítima la penalización de la modalidad imprudente (culposa) del delito.

Así mismo, no sería legítima la penalización de la tentativa del L.A.

4.2.11 Régimen de prevención:

«International standards»

Recomendaciones del FATF-GAFI

Recomendaciones del BCBS

Recomendaciones del Grupo Egmont

Recomendaciones de la ONU (UNDOC)

Recomendaciones de la CICAD

Recomendaciones del Consejo de Europa

40 recomendaciones del FATF para el AML/CFT

- Tipificar el lavado de activos como delito autónomo, en los términos en los que lo indican la Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas organizado por la Organización de Naciones Unidas en 1988, y la Convención de Palermo contra Delincuencia Organizada Transnacional organizada por la Organización de Naciones Unidas en el año 2000.
- Incluir en su legislación interna un régimen de responsabilidad para las personas jurídicas.
- Incluir en sus legislaciones instituciones o mecanismos jurídicos que permitan el decomiso de los activos lavados, los bienes producto del lavado de activos o de algún delito subyacente, los recursos utilizados para realizar el lavado de activos o algún delito subyacente, o bienes por un valor equivalente.
- Las normas sobre secreto y confidencialidad bancaria no deben ser un obstáculo para la eficacia de las investigaciones por el delito de lavado de activos.
- Las entidades financieras deben adoptar medidas oportunas y suficientes para obtener un conocimiento adecuado de sus clientes.
- Especial atención deben prestar las entidades a aquellas operaciones que por su complejidad, por su cuantía o por cualquiera otra circunstancia resulten inusuales. La entidad debe evaluar los antecedentes de estas

- operaciones, asentar las conclusiones por escrito y dejar la información correspondiente a disposición de los auditores y las autoridades.
- Las entidades financieras deben adoptar sistemas para el monitoreo permanente de sus operaciones. Estos sistemas deben permitir identificar plenamente al ordenante y al beneficiario, determinar hasta dónde sea posible el origen y destino de los fondos, y evaluar la normalidad de la operación. Igualmente, los sistemas de monitoreo deben permitirle a las entidades identificar las operaciones sospechosas, para reportarlas a las autoridades competentes (Reporte de Operaciones Sospechosas. ROS).
 - Los Estados deberían crear un organismo o agencia gubernamental de inteligencia financiera. Así mismo deberían incluir en sus legislaciones o reglamentos, la obligación de reportar las operaciones sospechosas a dichas unidades de inteligencia financiera, quienes deberían estar encargadas específicamente de analizar esa información. Este organismo debe tener acceso a toda la información financiera necesaria para investigar oportuna y eficazmente operaciones de lavado de activos.
 - Las legislaciones nacionales deberían proveer alguna forma de protección a los directivos, administradores o funcionarios encargados de realizar los reportes de operaciones sospechosas. Al mismo tiempo, debería prohibirse expresamente divulgar al cliente o a cualquiera otra persona el hecho de haber sido reportada una de sus operaciones.
 - Se recomienda a los países exigir normativamente a las entidades el diseño y aplicación de sistemas de prevención del lavado de activos y la financiación de terrorismo. Estos sistemas deben incluir políticas, procedimientos y controles internos. También deben incluir protocolos para la selección y capacitación permanente del personal. Así mismo, deben incluir procedimientos para la auditoría y evaluación permanente del sistema.
 - Las entidades financieras deben adoptar las medidas necesarias para asegurarse que sus bancos corresponsales en el extranjero son confiables.
 - Las entidades deben adoptar políticas y procedimientos para hacer frente a los riesgos de lavado de activos derivado de la implementación de nuevas tecnologías. Concretamente, debe implementar medidas para

mitigar el riesgo de lavado en aquellas operaciones que no requieren presencia física del cliente, como por ejemplo las transferencias electrónicas.

- Las entidades deberían conservar por un periodo mínimo de cinco (5) años la documentación que soporta la información relacionada con las operaciones nacionales e internacionales. Además, esta documentación debe ser conservada y organizada de tal forma que se garantice la facilidad de acceso cuando sea requerida por las autoridades.
- Se recomienda a los países extender las obligaciones de conocimiento del cliente, reporte de operaciones sospechosas y conservación de información a otras profesiones o actividades distintas de la financiera, cuándo quiera que ellas estén expuestas también al riesgo de lavado de activos.
- Los Estados deberían asegurar que las entidades financieras estén sometidas a una supervisión constante por parte de algún organismo gubernamental. Este organismo deberá velar porque las entidades cumplan los estándares mínimos de diligencia en materia de prevención de lavado de activos, y deben tener la facultad de imponer sanciones a aquellas que no lo hagan.
- Se recomienda que las legislaciones nacionales extiendan la supervisión a los casinos, y que exijan de éstos la implementación de mecanismos que satisfagan los estándares mínimos previstos en las recomendaciones del FATF-GAFI.
- Las entidades financieras y no financieras especialmente expuestas al riesgo de lavado de activos (casinos, casas de cambio, cambistas profesionales etc.) deberían funcionar bajo licencia o autorización del Estado. Dicha licencia sólo debería ser otorgada cuando el organismo de supervisión estatal competente haya verificado el cumplimiento de la regulación en materia de prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo, y debería ser revocada en el caso de que esas entidades no apliquen adecuadamente los controles mínimos exigidos por la respectiva legislación.
- Conceder autorización solo a las personas jurídicas que implementen las medidas contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo, o

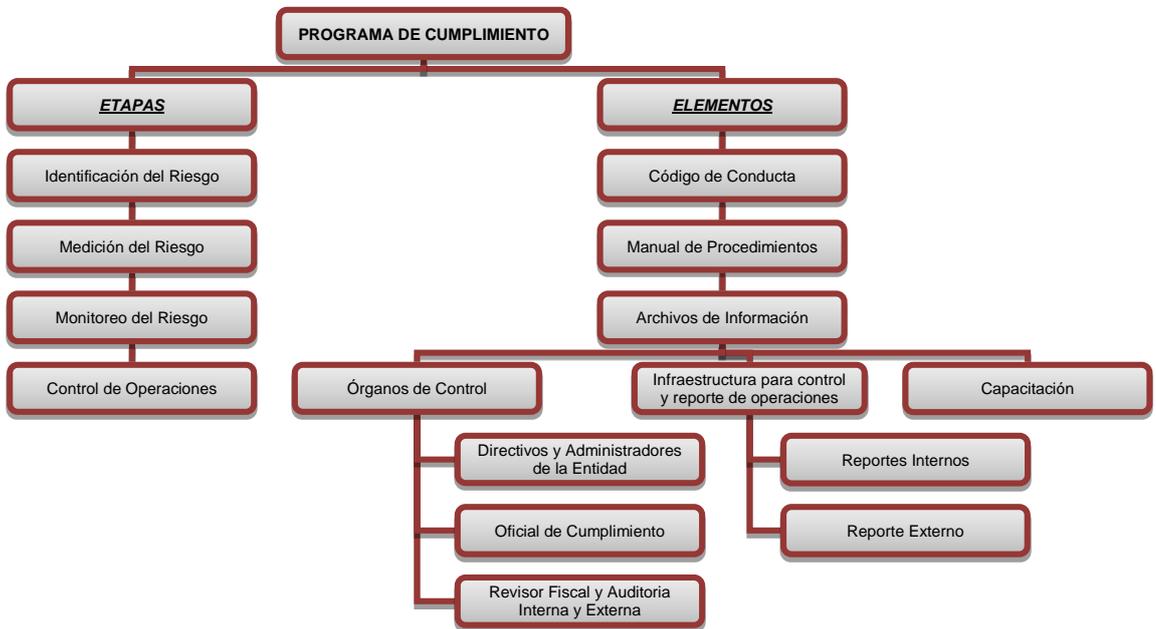
- revocar la autorización a aquellas que habiéndola obtenido no implementen este tipo de sistemas de prevención.
- Los países deberían adoptar medidas para controlar el tránsito de dinero o de instrumentos negociables al portador a través de sus fronteras. Así mismo deberían implementar un sistema de información al cual se reporten las operaciones en divisas superiores a determinada cuantía, por parte de las instituciones financieras y los intermediarios del mercado cambiario.
 - Las entidades deben prestar especial atención a las operaciones realizadas desde o hacia países que no hayan acogido o que no apliquen por completo, las recomendaciones del FATF-GAFI en materia de prevención del lavado de activos y la financiación del terrorismo.
 - La investigación del lavado de activos y la financiación del terrorismo debe ser competencia de autoridades revestidas de amplias facultades para garantizar el cumplimiento de la ley. Los países deberían alentar la creación de grupos permanentes especializados en la investigación del lavado de activos y la financiación del terrorismo.
 - Los gobiernos deberían estimular la armonía y cooperación entre las diferentes agencias u organismos involucrados en la lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo.
 - Se recomienda incluir en las legislaciones nacionales mecanismos o instituciones para impedir que las personas jurídicas puedan ser utilizadas para lavar activos o financiar el terrorismo. Específicamente, debe impedirse que las sociedades que emitan acciones al portador puedan ser utilizadas para esos propósitos.
 - Los países deberían adoptar mecanismo para garantizar la cooperación internacional en materia de prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo, aplicando sin restricciones la Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, la Convención para la Supresión del Financiamiento del Terrorismo de 1999, la Convención de Palermo contra Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, la Convención del Consejo de Europa sobre Blanqueo de Capitales, Investigación,

Incautación y Decomiso de los Productos del Delito, y la Convención Interamericana contra el Terrorismo del año 2002.

- Los países deberían prestarse asistencia judicial mutua en forma amplia, eficiente y eficaz. Esto implica prestar la asistencia legal aun en caso en que no haya doble incriminación, y acceder a las solicitudes de identificación, embargo, congelamiento, incautación y decomiso de los activos lavados, de los recursos que son producto del lavado de activos o del delito subyacente, y de los bienes utilizados para la comisión del lavado de activos o del delito subyacente. Así mismo, los estados deberían aplicar ampliamente mecanismos de cooperación judicial internacional como la extradición, en esta materia.

Régimen de prevención: «Compliance programs»

Para llevar adelante un régimen de prevención dentro de las instituciones financieras, se debe implementar un programa de cumplimiento que conste de las siguientes etapas y elementos:



4.2.12 Identificación del riesgo

La posibilidad de que la entidad sufra alguna de las consecuencias desfavorables definidas como riesgo reputacional, legal, operativo o de contagio es lo que se define como “Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo”.

Este riesgo es inherente a las entidades vigiladas, ya que su importante papel en el circuito económico legal las hace propensas a ser utilizada para canalizar, aprovechar, invertir, ocultar o encubrir el origen de recursos ilícitos, o para financiar grupos al margen de la ley.

Riesgo reputacional: La posibilidad de que el nombre y la imagen corporativa de la entidad se vea menoscabada;

Riesgo legal: La posibilidad de que la entidad sea sancionada o condenada al pago de indemnizaciones;

Riesgo operativo: La posibilidad de sufrir pérdidas económicas a causa de fallas humanas, técnicas o procedimentales;

Riesgo de contagio: La posibilidad de que la entidad pueda sufrir una afectación reputacional, legal o económica a causa de la acción propia de una persona relacionada o asociada a ella.

El propósito de los programas de cumplimiento es reducir el riesgo al que se encuentran inherentemente expuestas, de manera que el nivel de riesgo resultante después de aplicar el sistema (riesgo residual) sea lo más cercano a cero (0) posible.

Medición del riesgo

Una vez identificado el riesgo, la entidad debe llevar a cabo una medición cuantitativa o cualitativa de la probabilidad de su realización frente a cada uno de los factores que lo determinan:

Clientes

Productos

Mercados

Territorio

Jurisdicción

La entidad debe definir la metodología que aplicará para determinar el valor de la probabilidad de realización del riesgo, y para determinar el valor del impacto que dicha realización tendría para la entidad. Dichas metodologías deben estar definidas y explicadas en el manual de procedimientos, para que pueda ser conocido y comprendido por los funcionarios encargados de llevar a cabo la medición.

La metodología para la medición podría ser cualitativa (no cuantitativa); o sea, orientarse a clasificar la probabilidad de realización del riesgo en diferentes categorías (alta, media y baja), y no necesariamente asignando un valor numérico porcentual o probabilístico.

La medición del impacto que tendría la realización efectiva del riesgo en la entidad podría ser valorada cualitativamente, mediante la clasificación en diferentes categorías según su intensidad (grave, normal y leve), sin que sea indispensable indicar un valor numérico o una cantidad de dinero para fijarlo.

La medición del riesgo residual es importante para las autoridades gubernamentales, porque:

Indica qué tan eficaz es el programa de cumplimiento, para gestionar el riesgo inherente al que se encuentra expuesta la entidad.

La agregación de datos permite obtener una medición más o menos aproximada, de la eficacia de la estrategia de intervención indirecta del Estado.

Existen varias metodologías para la medición cuantitativa de los riesgos financieros a los que se encuentran tradicionalmente expuestas las entidades financieras: riesgos de tasa, riesgos de mercado, riesgos de contraparte, riesgos de devaluación etc.

Estas metodologías echan mano de la información estadística disponible sobre el comportamiento histórico de las diferentes variables económicas,

lo cual les permite obtener una medición cuantitativa del riesgo al que están expuestas, algo que en materia de lavado de activos no es posible.

A diferencia de los riesgos financieros tradicionales, en materia de lavado de activos no disponemos de estadísticas que permitan obtener una medida cuantitativa del riesgo al que están expuestas las entidades por este concepto.

Control y monitoreo del riesgo

Conocimiento del cliente

+ Conocimiento del mercado

Perfil económico del cliente

4.2.13 Control de operaciones

Operaciones inusuales: Aquellas que se salen del rango de normalidad.

Operaciones sospechosas: Aquellas que además de ser inusuales no tienen una explicación convincente.

Identificación de operaciones inusuales.

Reporte interno de operaciones inusuales.

Identificación de operaciones sospechosas.

Reporte externo de operaciones sospechosas: ROS / SAR.

Reporte externo de operaciones en efectivo y de otras operaciones.

Existen estadísticas de ROS/SAR. El análisis de esas estadísticas podría ofrecer respuesta a preguntas tan importantes, como por ejemplo:

Qué porcentaje de las operaciones financieras son encontradas sospechosas,

Qué porcentaje de las operaciones sospechosas son reportadas por la unidad de inteligencia financiera a las autoridades judiciales,

Qué porcentaje de las operaciones reportadas a las autoridades judiciales dieron lugar a una sentencia condenatoria.

Eficiencia del sistema de prevención del L.A.

Estos costes no deben trasladarse a los clientes o usuarios del sistema financiero, cambiario, bursátil, asegurador etc., porque ello podría generar:

Aumento del margen de intermediación financiera, lo cual aumenta las tasas de interés de colocación.

Aumento de los costes de transacción y disminución de las tasas de interés de captación, lo cual disminuye el índice de bancarización.

Uno de los medios de encubrimiento es la **RECEPTACIÓN** que consiste en adquirir bienes de origen ilícito, por ejemplo, compro una pintura que se que es robada de un museo; así, cuando las autoridades encuentren al ladrón no tendrá la pintura.

El Lavado de Activos como ya ha quedado dicho en líneas anteriores, es el proceso de convertir, custodiar, ocultar o transferir dinero, bienes, efectos o ganancias, con el fin de evitar la identificación de su origen ilícito y hacerlos aparentar como legítimos.

4.2.14 Fases del Lavado de Activos¹⁶

1. **Colocación.-** El lavador o criminal introduce los fondos ilegales al sector formal. Generalmente los fondos se manipulan en zonas relativamente próximas a las de la actividad criminal (a menudo el mismo país).
2. **Transformación o Intercalación.** Una vez introducido el dinero en el sistema formal, el lavador efectúa una serie de operaciones con los fondos para alejarlos de su fuente.
3. **Integración.** Al lograr reciclar sus ganancias de origen criminal a través de las dos primeras fases, el lavador las hace pasar por

¹⁶ La Unidad de Inteligencia Financiera del Perú y el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y/o Financiamiento del Terrorismo. Ob. Cit. pag 14.

una tercera fase, incorporándolas en actividades económicas legítimas.

4.2.15 Características del Lavado de Activos.¹⁷

1. Globalización
2. Libre movimiento de capitales.
3. Posibilidad de eludir las leyes nacionales.
4. Profesionalización
5. Manejo de una estructura empresarial.
6. Utilizan especialistas.
7. Innovación permanente.
8. Nuevos métodos.
9. Utilización de instrumentos distintos.
10. Diversidad de Delitos Precedentes.
11. Tráfico Ilícito de Drogas.
12. Corrupción.
13. Defraudación Tributaria.
14. Delitos Financieros

“Los cálculos realizados por el FMI y la ONU, indican que al año se lavan activos de unos US\$ 1.5 a 2.0 billones, es decir, entre un 2% y 5% del PBI mundial. Esta cifra equivale a un tercio de las divisas de todos los Bancos Centrales. Según estimado del BID, en América del Sur es de 2.5% a 6.3% del PBI anual de la región”¹⁸.

4.2.16 Implicaciones para el país y las Empresas

1. Competencia desleal.
2. Distorsión económica e Inestabilidad.
3. Pérdida de Rentas Públicas.

¹⁷ La Unidad de Inteligencia Financiera del Perú y el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y/o Financiamiento del Terrorismo. Ob. Cit. Pág 15.

¹⁸La Unidad de Inteligencia Financiera del Perú y el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y/o Financiamiento del Terrorismo. Ob. Cit., pag 16.

4. Riesgos para la reputación.

1. **Competencia Desleal.** Compañías de fachada mezclan las ganancias ilícitas con fondos legítimos, para ocultar ingresos mal habidos. Subvencionando sus artículos a niveles por debajo de los precios del mercado.

2. **Distorsión Económica e Inestabilidad.** Los lavadores están interesados en proteger sus ganancias ilícitas y no en generar utilidades por sus inversiones. Por tanto, desvían fondos de inversiones sólidas hacia inversiones de baja calidad, que ocultan las ganancias, afectando el crecimiento económico.

3. **Pérdida de Rentas Públicas.** El lavado de activos disminuye los ingresos tributarios gubernamentales y, por tanto, perjudican indirectamente a los contribuyentes honrados.

4. **Riesgos para la Reputación.** La confianza en los mercados y la importante función económica que cumplen las utilidades las erosionan el lavado de dinero y los delitos financieros, como el lavado de ganancias ilícitas, el fraude financiero generalizado, la especulación bursátil que saca ventaja de la información interna y los desfalcos.

4.2.17 Financiamiento del Terrorismo

El Financiamiento del Terrorismo es el acto de proporcionar apoyo financiero a terroristas u organizaciones terroristas a fin de permitirles realizar actos de terror.

Principales fuentes de Financiamiento del Terrorismo:

1. Ingresos de inversiones legítimas.
2. Donaciones voluntarias.
3. Donaciones no voluntarias.
4. Extorsión a compañías y Estados.
5. Uso y abuso de organizaciones de caridad.
6. Fraude, falsificación de dinero.

7. Trata de personas.
8. Tráfico ilícito de drogas, armas, metales y piedras preciosas.

Prevención del Lavado de Activos.- Toda acción efectuada con el objetivo de limitar y reducir el uso de las diferentes unidades económicas en nuestro país como plataformas para legitimar fondos bienes o activos de procedencia ilícita.

4.2.18 Principales Iniciativas Globales Contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo.

1. 1988 ONU - Convención de Viena.
2. 1988 Acuerdo de Basilea.
3. 1990 GAFI – 40 Recomendaciones.
4. 1995 Grupo Egmont.
5. 1999.- ONU. Convenio Internacional para la Represión DE LA Financiación del Terrorismo
6. 2000 ONU – Convención de Palermo.
7. 2000 GAFISUD

1. La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (Convención de Viena).

Se aprobó en 1988 con el ánimo de abordar de manera frontal el tráfico ilícito de estupefacientes, previa convocatoria del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas a todos los Estados, agencias especializadas y organizaciones intergubernamentales con status consultivo en el Consejo Económico y Social, así como otras organizaciones no gubernamentales (ONG) para que presentaran sus aportes al trabajo específico de la Conferencia.

La Convención fue aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1988 y entró en vigor el 11 de noviembre de 1990. Desarrolló una serie

de aspectos relacionados con la lucha y acciones a emprender contra el narcotráfico e hizo mención a la incautación y embargo preventivo, no solo de los estupefacientes o sustancias psicotrópicas, sino que además lo extendió a los bienes derivados de su tráfico ilícito. Adicionalmente, hizo mención a la necesidad de presentar información a las autoridades sin que se pudiera invocar la reserva bancaria.

Este Tratado, firmado por más de 100 países, demuestra el gran compromiso internacional en la lucha contra este delito ya que exige a dichos estados una cooperación internacional en materia penal, que incluye la extradición, el decomiso y la asistencia jurídica recíproca.

A partir de esta Convención, los países signatarios se obligan a adoptar las medidas necesarias para tipificar penalmente ciertas conductas constitutivas de lavado de dinero provenientes de actividades relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tales como: la producción, fabricación, extracción, preparación, distribución, venta, entrega, envío o transporte de sustancias estupefacientes. De conformidad con el artículo tercero de dicha convención, también constituye delito la financiación de tales actividades, así como la ocultación o encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, conversión o transferencia de la propiedad relativa a tales bienes a sabiendas de que proceden de algunas de las acciones delictivas antes descritas.

Faculta además a los tribunales y otras autoridades competentes a ordenar la presentación o incautación de documentos bancarios financieros y comerciales sin que puedan invocar el derecho nacional al secreto bancario como base para denegar una solicitud.

Todos los delitos definidos en el artículo 3° de la Convención (incluso el lavado de dinero) darán lugar a extradición y las partes se comprometen a incluir esta figura en todo tratado que convengan entre sí.

Esta Convención puede ser invocada como base jurídica para proceder a la extradición, en caso de que no exista un tratado vigente entre dos partes.

El artículo 7 convoca a las naciones a aunar esfuerzos para conformar una amplia red de Asistencia Judicial Recíproca art.7 en las investigaciones y procesos que se sigan contra individuos u organizaciones dedicadas a cualquier forma de delitos relacionados con el tráfico ilegal de drogas ilícitas y sustancias psicotrópicas y el lavado de dinero. Dicha cooperación incluye permitir recíprocamente la inspección de documentos, objetos, lugares, productos o bienes, el interrogatorio de personas, o recibo de testimonios, todo ello dentro del derecho penal interno. Igualmente les prohíbe negarse a prestar asistencia judicial recíproca escudándose en el derecho nacional al secreto bancario.

2. 1988 Acuerdo de Basilea.

El Comité de Basilea, una institución creada en la década de los setenta, constituida por los representantes de los bancos centrales y autoridades de supervisión bancaria de los países en el denominado Grupo de los Diez y con la función primordial de establecer normas de control de las operaciones bancarias en los pagos internacionales, el 12 de diciembre de 1988 adoptó la Declaración de Principios de Basilea que trata de profundizar la vigilancia del sector bancario contra la utilización de los sistemas de pago con fines delictivos.

La declaración versa sobre la prevención de la utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal, hecha por los representantes de los bancos centrales y autoridades monetarias de los países miembros del Grupo de los Diez: Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Países Bajos, Reino Unido y Suecia, más Suiza, en diciembre de 1988.

La Declaración no generó obligaciones legales respecto a los países destinatarios sino que contenía reglas deontológicas que deberían ser

cumplidas, siendo su objetivo fundamental el que los bancos pusiesen en práctica una serie de reglas y procedimientos, que deberían estar garantizados por las direcciones de las entidades para colaborar en la eliminación de las operaciones de blanqueo de dinero a través del sistema bancario nacional e internacional.

Las normas concretas de conducta deontológica contenidas en la Declaración de Basilea se resumen en:

- ➡ Identificación de los clientes.
- ➡ Cumplimiento de las leyes.
- ➡ Cooperación de las autoridades encargadas del cumplimiento de las leyes.
- ➡ Formación del personal.
- ➡ Conservación de registros contables de las operaciones.

3. FATF – GAFI¹⁹

La Financial Action Task Force (FATF) – Grupo de Acción Financiera internacional (GAFI) es un organismo intergubernamental cuyo propósito o finalidad es el desarrollo y la promoción de medidas tanto a nivel nacional como internacional para combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo. El GAFI O TAFT fue creado en 1989 en la reunión del denominado Grupo de los Siete países más industrializados conjuntamente con la Comisión Europea.

Aun cuando el GAFI no tiene facultad legislativa alguna, el resultado de sus trabajos son recomendaciones que han tenido y tienen una trascendencia práctica fundamental.

El GAFI es un organismo que no sólo tiene como misión establecer recomendaciones teóricas, sino también evaluar a los distintos países en relación con el grado de aplicación de principios y cánones internacionales

¹⁹ www.fatf-gafi.org. Consultado el 20 de octubre de 2009.

sobre blanqueo de capitales en las respectivas legislaciones nacionales en esta materia.

La FATF implementa las medidas necesarias, y revisa las técnicas de lavado de dinero y financiación del terrorismo, promoviendo a nivel mundial la adopción de contra medidas, lo que realiza en conjunción con otros organismos internacionales. Su documento base, las 40 Recomendaciones adoptadas constituyen el marco básico de lucha contra el blanqueo de capitales y han sido concebidas para una aplicación universal mundialmente para prevención del Lavado de Dinero (Money Laundering) fueron diseñadas en 1990 y revisadas el 20 de junio del 2003.

El GAFI reconoció, desde el principio, que los países tienen sistemas jurídicos y financieros diferentes, de modo que todos ellos no pueden adoptar las mismas medidas para alcanzar el objetivo común. Por lo tanto, las Recomendaciones constituyen los principios de acción o patrones mínimos a seguir en materia de prevención del lavado de activos que los países deben aplicar, de acuerdo con sus circunstancias particulares y su marco constitucional, dejando a los países cierta flexibilidad en su aplicación, en lugar de obligar a cumplir todos los detalles. Las medidas no son especialmente complicadas o difíciles, siempre que exista voluntad política de actuar. Tampoco comprometen la libertad de llevar a cabo operaciones lícitas, ni amenazan el desarrollo económico.

Las Recomendaciones cubren de hecho todas las medidas nacionales que los países deberían tener en vigor en sus sistemas penales y normativos; la prevención que debe adoptarse por las instituciones financieras, por otras profesiones y actividades y la manera de cooperar internacionalmente en este terreno. En todas y cada uno de los documentos de la FATF, y ya son unos cuantos, se habla, se recomienda, se instruye, se avisa, sobre los sistemas de transmisión del dinero y su necesario e imprescindible control por parte de las autoridades de los países. Si en todos los gobiernos y sistemas de nuestro planeta se siguieran estos avisos, sería muy difícil el

movimiento del dinero de origen criminal y en este caso que nos ocupa del dirigido a la financiación del terrorismo

El GAFI está actualmente integrado por 26 países y dos organismos internacionales. Entre sus miembros se encuentran los principales centros financieros de Europa, América del Norte y Asia. Es un organismo multidisciplinario (condición fundamental para luchar contra el blanqueo de capitales), que reúne a expertos encargados de adoptar medidas sobre cuestiones jurídicas, financieras y operativas.

Los países del GAFI se han comprometido claramente a aceptar la disciplina de estar sujetos a una vigilancia multilateral y a evaluaciones mutuas. La aplicación de las cuarenta Recomendaciones por parte de los países miembros se supervisa a través de un doble enfoque: un ejercicio anual de auto evaluación y un proceso más detallado de evaluación mutua según el cual cada país miembro está sujeto a un examen sobre el terreno. Además, el GAFI realiza exámenes horizontales de las medidas adoptadas para aplicar determinadas Recomendaciones.

El texto del año 2003 agrupa las recomendaciones específicas en: Procedimientos de debida diligencia y registros actualizados sobre los clientes y en Comunicación de operaciones sospechosas y cumplimiento.

4. 1995 Grupo Egmont.

Creado en junio de 1995, es un organismo que agrupa a 101 Unidades de Inteligencia Financiera, con el objetivo común de fomentar la creación de dichas Unidades, así como la cooperación y el intercambio de información financiera entre ellas. El marco de su actuación está basado en una declaración de principios redactada en Madrid en junio de 1997 y revisada en La Haya en junio de 2001. Dicha declaración incorpora un anexo sobre los principios del intercambio de información sometiéndolos al principio de reciprocidad, a la confidencialidad y la limitación del uso de la información intercambiada para los fines previstos, no pudiendo ser transmitida a

terceras partes sin el previo consentimiento de la Unidad comunicante. Se estructura en cinco Grupos de Trabajo:

El Grupo de Trabajo Legal (Legal Working Group, LWG), responsable de verificar si las Unidades de Inteligencia Financiera que se incorporan al Grupo Egmont son operativas y responden a la definición establecida en la declaración de principios.

El Grupo de Trabajo de Formación y Comunicación (Training Working Group, TWG) tiene como misión el fomento y desarrollo de actividades de formación para las Unidades de Inteligencia Financiera, la elaboración y difusión de informes y publicaciones y la supervisión del correcto funcionamiento de la red segura para el intercambio de información entre Unidades de Inteligencia Financiera (Egmont Secure Web, ESW).

El Grupo de Trabajo de Outreach (Outreach Working Group, OWG) da a conocer el Grupo Egmont en los cinco continentes y fomenta el desarrollo y creación de Unidades de Inteligencia Financiera.

El Grupo de Trabajo Operacional (Operational Working Group), tiene como finalidad potenciar la cooperación entre las divisiones analíticas y operativas de las Unidades de Inteligencia Financiera miembros de Egmont, así como coordinar el desarrollo de estudios y tipologías.

El Grupo de Trabajo de Información Tecnológica (IT Working Group), tiene como objetivo asesorar y/o prestar asistencia técnica a la Unidades de Inteligencia Financiera que estén en proceso de rediseñar o mejorar sus sistemas informáticos.

5. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada de 2000 (Convención de Palermo).-

La Convención de Palermo tiene un alcance más profundo al tipificar como delito la participación de un individuo en un grupo delictivo organizado art. 5° distinto del intento o consumación de una actividad delictiva; la utilización del sistema financiero o instituciones financieras no bancarias para el lavado de dinero art.6° y 7°; penalización de la corrupción art. 8° de un funcionario público mediante la promesa, el ofrecimiento o la concesión de

un beneficio indebido para que actúe a se abstenga de actuar en cumplimiento de sus funciones oficiales y obstrucción a la justicia art. 23° mediante el uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o concesión de un beneficio indebido para inducir a un falso testimonio u obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en un proceso en la comisión de un delito. Se recomienda a los Estados ampliar de manera significativa la ampliación de la tipificación del lavado de activos para que involucre una gama más amplia de delitos previos, la cooperación e intercambio de información a escala nacional e internacional conforme al derecho interno de cada país y establecer una Unidad de Inteligencia Financiera para la recopilación de información sobre posibles actividades de blanqueo de capitales.

6. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999.- Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999.

El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo fue aprobado en diciembre de 1999, antes de producirse el suceso de las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001, como una iniciativa de la comunidad internacional para cerrar las vías de acceso a la financiación de actividades de terrorismo practicadas por redes criminales internacionales. A lo largo de su articulado, el documento evita utilizar el término lavado de activos en relación con la financiación del terrorismo limitándose a exigir la penalización de quien "por el medio que fuere, directa o indirectamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizadas, en todo o en parte", para cometer actos de terrorismo. El motor económico del terrorismo no siempre depende del lavado de activos y para operar no significa que ese dinero deba ser blanqueado con carácter previo, pero buena parte de los recursos que financian esta actividad sí pueden proceder de actividades ilícitas, entre ellas el narcotráfico, por lo que esta Convención advierte la importancia de acoger las acciones internacionales desarrolladas para

prevenir el lavado de activos y evitar que el producto de este delito sea utilizado para el financiamiento de actividades **terroristas**.

7. 2000 GAFISUD.²⁰

Es una organización intergubernamental de base regional que agrupa a los países de América del Sur para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo, a través del compromiso de mejora continua de las políticas nacionales contra ambos temas y la profundización en los distintos mecanismos de cooperación entre los países miembros.

Se creó formalmente el 8 de diciembre de 2000 en Cartagena de Indias, Colombia, mediante la firma del Memorando de Entendimiento constitutivo del grupo por los representantes de los gobiernos de diez países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

El Grupo goza de personalidad jurídica y estatus diplomático en la República Argentina donde tiene la sede su Secretaría. Sus órganos de funcionamiento son el Pleno de Representantes, el Consejo de Autoridades y la Secretaría del Grupo.

Cuenta, además, con el ofrecimiento del gobierno de Uruguay que ha puesto a disposición del Grupo su centro de Capacitación en materia de lavado de dinero de Montevideo.

Participan como observadores Alemania, el Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, Egmont, España, Estados Unidos, FMI, Francia, INTERPOL, INTOSAI, Naciones Unidas y Portugal. También asisten a sus reuniones, como organizaciones afines, el Grupo de Acción Financiera Internacional sobre lavado de dinero (GAFI/FATF), el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC/CFATF) y la Organización de Estados

²⁰ <http://www.gafisud.org/>

Americanos a través de la Comisión Interamericana para el Control del abuso de drogas (CICAD).

GAFISUD fue creado a semejanza del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) adhiriéndose a las Cuarenta Recomendaciones del GAFI como estándar internacional contra el lavado de dinero más reconocido y a las Recomendaciones Especiales contra la financiación del terrorismo, previendo el desarrollo de Recomendaciones propias de mejora de las políticas nacionales para luchar contra estos delitos .

GAFISUD ha sumado a su cometido la lucha contra la financiación del terrorismo, añadiendo este objetivo en su mandato de actuación contenido en el Memorando de Entendimiento y articulando un Plan de Acción contra la Financiación del Terrorismo. Este incorpora, además de las Recomendaciones Especiales del GAFI en la materia, los compromisos aquilatados en Naciones Unidas y una serie de líneas de actuación propias que atienden a la prevención del delito desde la perspectiva de las peculiaridades regionales.

El cumplimiento de los parámetros contenidos en las Cuarenta Recomendaciones, que GAFISUD ha hecho suyos, supone la vocación de conseguir los instrumentos necesarios para una política global completa para combatir este delito. Así pues, se persigue una actuación integradora de todos los aspectos legales, financieros y operativos y de todas las instancias públicas responsables de esas áreas.

Por ello, el compromiso se dirige a la tipificación del delito de lavado teniendo como delito subyacente no sólo el de narcotráfico sino otros delitos graves; la construcción de un sistema de prevención del delito que incorpora obligaciones para el sistema financiero de identificación del cliente y comunicación de operaciones sospechosas; la incorporación en los sistemas legales de las medidas que permiten perseguir eficazmente el delito en las fases de investigación y en el proceso; y el desarrollo de los más avanzados mecanismos de cooperación entre Estados para la investigación y persecución del delito.

4.2.19 ¿Que son las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF)?

“Son Agencias centrales nacionales diseñadas con el propósito de recibir, analizar y tratar reportes de operaciones sospechosas (ROS) para posteriormente transmitir esa información procesada y otros datos recopilados relacionados con el posible lavado de activos y financiamiento al terrorismo, a las autoridades correspondientes.”²¹

“Las UIF en la Región

Bolivia 1997 - Unidad de Investigaciones Financieras.

Brasil 1998 - Consejo de Control de Actividades Financieras.

Colombia 1999 - Unidad de Información y Análisis Financiero.

Argentina 2000 - Unidad de Información Financiera.

Venezuela 2001 - Unidad Nacional de Inteligencia Financiera.

Paraguay 2002 - Unidad de Análisis Financiero.

Perú 2002 - Unidad de Inteligencia Financiera del Perú.

Uruguay 2002 - Unidad de Información y Análisis Financiero.

Chile 2003 - Unidad de Análisis Financiero.

Ecuador 2005 - Unidad de Análisis Financiero”²²

4.2.20 Marco Legal Ecuatoriano

1.- Constitución Política Ecuatoriana²³.

Art. 231.- “Las servidoras y servidores públicos sin excepción presentarán, al iniciar y al finalizar su gestión y con la periodicidad que determine la ley, una declaración patrimonial jurada que incluirá activos y

²¹ La Unidad de Inteligencia Financiera del Perú y el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y/o Financiamiento del Terrorismo. Ob. Cit., pag 3.

²²La Unidad de Inteligencia Financiera del Perú y el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y/o Financiamiento del Terrorismo. Ob. Cit., pag 5.

²³ Registro Oficial número 449 de fecha 20 de Octubre de 2008.

pasivos, así como la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias; quienes incumplan este deber no podrán posesionarse en sus cargos. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional harán una declaración patrimonial adicional, de forma previa a la obtención de ascensos y a su retiro.

La Contraloría General del Estado examinará y confrontará las declaraciones e investigará los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito. La falta de presentación de la declaración al término de las funciones o la inconsistencia no justificada entre las declaraciones hará presumir enriquecimiento ilícito.

Cuando existan graves indicios de testaferrismo, la Contraloría podrá solicitar declaraciones similares a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública”²⁴

Art. 233.- “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las

²⁴ Cfr. Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, codificación, Art. 6;
Cfr. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Art. 31
Cfr. Código Penal, Art. 296

instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”.²⁵

2.- Ley para Reprimir el Lavado de Activos²⁶ y Reglamento General a la Ley para Reprimir el Lavado de Activos²⁷

3.- Ley General de instituciones del Sistema Financiero, codificación²⁸,

Art. 30.- “La administración de las instituciones del sistema financiero privado estará a cargo del Directorio o del Consejo de Administración, según corresponda, y más organismos que determine su Estatuto.

Los miembros del directorio serán civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el cumplimiento de sus respectivas atribuciones y deberes.

...”

El art. 51 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero señala todas las operaciones que podrán efectuar los bancos y por lo tanto, el

²⁵ Cfr. Código Tributario, Codificación, Art. **139**
Cfr. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Arts. 5, 45, 52, 56, 73.
Cfr. Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, LOAFYC, Arts. **33**
Cfr. Ley de Seguridad Social, Art. **101**
Cfr. Ley de Control Constitucional, Art. **58**
Cfr. Código Penal, Arts. **257, 264, 285, 296**
Cfr. CODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, Art. 523

²⁶ Registro Oficial número 127 de fecha 18 de Octubre de 2005.

²⁷ Registro Oficial número 256 de fecha 24 de Abril de 2006.

²⁸ Registro Oficial número 250 de fecha 23 de Enero de 2001.

amplio universo de operaciones que son susceptibles de ser mecanismos para lavado de activos:

Art. 51.- “Los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones en moneda nacional o extranjera, o en unidades de cuenta establecidas en la Ley:

- a) Recibir recursos del público en depósitos a la vista. Los depósitos a la vista son obligaciones bancarias, comprenden los depósitos monetarios exigibles mediante la presentación de cheques u otros mecanismos de pago y registro; los de ahorro exigibles mediante la presentación de libretas de ahorro u otros mecanismos de pago y registro; y, cualquier otro exigible en un plazo menor a treinta días. Podrán constituirse bajo diversas modalidades y mecanismos libremente pactados entre el depositante y el depositario;
- b) Recibir depósitos a plazo. Los depósitos a plazo son obligaciones financieras exigibles al vencimiento de un período no menor de treinta días, libremente convenidos por las partes. Pueden instrumentarse en un título valor, nominativo, a la orden o al portador, pueden ser pagados antes del vencimiento del plazo, previo acuerdo entre el acreedor y el deudor;
- c) Asumir obligaciones por cuenta de terceros a través de aceptaciones, endosos o avales de títulos de crédito, así como del otorgamiento de garantías, fianzas y cartas de crédito internas y externas, o cualquier otro documento, de acuerdo con las normas y usos internacionales;

- d) Emitir obligaciones y cédulas garantizadas con sus activos y patrimonio. Las obligaciones de propia emisión se regirán por lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores;
- e) Recibir préstamos y aceptar créditos de instituciones financieras del país y del exterior;
- f) Otorgar préstamos hipotecarios y prendarios, con o sin emisión de títulos, así como préstamos quirografarios;
- g) Conceder créditos en cuenta corriente, contratados o no;
- h) Negociar letras de cambio, libranzas, pagarés, facturas y otros documentos que representen obligación de pago creados por ventas a crédito, así como el anticipo de fondos con respaldo de los documentos referidos;
- i) Negociar documentos resultantes de operaciones de comercio exterior;
- j) Negociar títulos valores y descontar letras documentarias sobre el exterior, o hacer adelantos sobre ellas;
- k) Constituir depósitos en instituciones financieras del país y del exterior;
- l) Adquirir, conservar o enajenar, por cuenta propia, valores de renta fija, de los previstos en la Ley de Mercado de Valores y otros títulos de crédito establecidos en el Código de Comercio y otras Leyes, así como valores representativos de derechos sobre estos, inclusive contratos a término, opciones de compra o venta y futuros; podrán igualmente realizar otras operaciones propias del mercado de dinero; podrán participar directamente en el mercado de valores extrabursátil, exclusivamente con los

valores mencionados en esta letra y en operaciones propias.

Las operaciones efectuadas a nombre de terceros, o la venta y distribución al público en general de dichos valores, deberán ser efectuados a través de una casa de valores u otros mecanismos de transacción extrabursátil;

m) Efectuar por cuenta propia o de terceros operaciones con divisas, contratar reportos y arbitraje sobre éstas y emitir o negociar cheques de viajeros;

n) Efectuar servicios de caja y tesorería;

ñ) Efectuar cobranzas pagos y transferencias de fondos, así como emitir giros contra sus propias oficinas o las de instituciones financieras nacionales o extranjeras;

o) Recibir y conservar objetos muebles, valores y documentos en depósito para su custodia y arrendar casilleros o cajas de seguridad para depósitos de valores;

p) Actuar como emisor u operador de tarjetas de crédito, de débito o tarjetas de pago;

q) Efectuar operaciones de arrendamiento mercantil de acuerdo a las normas previstas en la Ley;

r) Comprar, edificar y conservar bienes raíces para su funcionamiento, sujetándose a las normas generales expedidas por la Superintendencia y enajenarlos;

s) Adquirir y conservar bienes muebles e intangibles para su servicio y enajenarlos;

t) Comprar o vender minerales preciosos acuñados o en barra;

- u) Emitir obligaciones con respaldo de la cartera de crédito hipotecaria o prendaria propia o adquirida, siempre que en este último caso, se originen en operaciones activas de crédito de otras instituciones financieras;
- v) Garantizar la colocación de acciones u obligaciones;
- w) Efectuar inversiones en el capital social de las sociedades a que se refiere la letra b) del artículo 57 de esta Ley; y,
- x) Efectuar inversiones en el capital de otras instituciones financieras con las que hubieren suscrito convenios de asociación de conformidad con el cuarto inciso del artículo 17 de esta Ley.

[...]

4. Capítulo IV.- Normas de prevención de lavado de activos para las instituciones controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros de la Codificación de resoluciones de la Superintendencia de Bancos.²⁹

5.-Ley de Sustancias Estupefacentes y Psicótropicas³⁰

6.- Código Penal.³¹

7.-Código de Procedimiento Penal³²

El marco teórico enunciado describe las repercusiones negativas a que está expuesto el sistema financiero por la colocación de dineros y activos que tengan origen ilícito, y la necesidad recomendada por organismos internacionales de implementar un proceso de prevención contra ello,

²⁹ Resolución de la Superintendencia de Bancos 306. Publicada en el Registro Auténtico número 2006 de fecha 5 de Julio de 2006. No promulgada en el Registro Oficial.

³⁰ Registro Oficial Suplemento número 490 de fecha 27 de Diciembre de 2004.

³¹ Registro Oficial Suplemento número 147 de fecha 22 de Enero de 1971.

³² Registro Oficial Suplemento número 360 de fecha 13 de Enero de 2000.

mediante un programa de cumplimiento entre cuyos elementos indispensables está el código de conducta que oriente la actuación de los accionistas, administradores, funcionarios y empleados de las instituciones del sistema financiero, en esa causa es que toma contenido nuestra propuesta.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

5. METODOLOGÍA DE LA ELABORACIÓN DE LA PROPUESTA

Empleamos la modalidad cuantitativa no experimental descriptiva pues se trata fundamentalmente de ver el problema a la luz de la doctrina y de la normativa existente; sin embargo, también usamos la modalidad cualitativa no interactiva para analizar conceptos y sucesos históricos en base al análisis de documentos.

Es histórica por cuanto analizamos la evolución de la normativa aplicable al fenómeno del lavado de activos. Es correlacional porque tratamos de ir más allá de la mera descripción, vinculando con la legislación existente acerca del tema.

Se ha utilizado la Constitución de la República, los Convenios Internacionales, el Código Penal y de Procedimiento Penal, la Ley de Lavado de Activos, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y las regulaciones bancarias para la prevención y control del lavado de dinero y financiación del terrorismo.

5.1 PROCEDIMIENTO EMPLEADO

Recolectamos la doctrina y normativa internacional y nacional aplicable, luego nos entrevistamos con oficiales de cumplimiento de instituciones del sistema financiero, y revisamos junto con ellos la información pertinente, tales como reportes de actividades sospechosas y datos generales, sin mencionar casos específicos, pues se trata de información sujeta a sigilo bancario. De igual manera visitamos a la Unidad de Inteligencia Financiera y observamos la información pertinente al objeto de la investigación.

5.2 RECURSOS PARA IMPLEMENTAR LA PROPUESTA

Institucionales: Superintendencia de Bancos y Seguros: Intendencia de Bancos de Guayaquil. Banco del Pacífico y Banco de Guayaquil.

Documentales: Convenios internacionales y leyes citadas en este informe, Codificación de Resoluciones Bancarias, y Código de Ética y Conducta referido en la propuesta de intervención.

Humanos: Asesora del Intendente de Bancos de Guayaquil, usuarios bancarios, abogados expertos en temas bancarios.

Instrumentos de recolección de datos:

Utilizamos los métodos empíricos de la observación, la entrevista, y la opinión de abogados expertos en temas bancarios.

De los métodos teóricos usamos la hermenéutica para interpretar los documentos analizados.

CAPÍTULO IV

DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA

Se trata de aportar a la solución de la problemática que afecta a ese grupo de clientes bancarios que estando fuera del país se ven sujetos, a la distancia, a un tratamiento generalizado e injusto, ellos y sus familiares. Al pretender combatir ese mal social que constituye el lavado de activos, los incluye como sospechosos de transacciones posibles de un origen ilícito. Para ello se propone un proyecto de código que regule la conducta de los operadores bancarios y financieros, de modo que con la práctica de tales reglas se perjudique menos a ese sector de clientes de las instituciones financieras, respetando el valor de la dignidad humana mediante el conocimiento del ser y del hacer de esa persona, y no guiándose por el simple parecer.

6. PROPUESTA

6.1 CONTENIDO DE LA PROPUESTA

Guiándonos por el proyecto de Código de Ética y Conducta, elaborado por Jaime Baquero, en su obra *Ética para políticos y juristas*³³, proponemos a continuación un proyecto de código en el sentido antes señalado.

Código de Conducta aplicable a las Instituciones Financieras

Preámbulo

El presente Código de Conducta contiene el pensamiento institucional que resume el actuar personal y corporativo que deberá observarse por cada uno de sus miembros para prevenir el lavado de activos.

³³ Baquero Jaime, *Ética para políticos y juristas*, Universidad de los Hemisferios, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.

Postulados Fundamentales

La realización del bien común

Como toda institución que se guía por los valores y principios éticos del actuar humano, pretendemos lograr que de nuestra actividad se obtenga el bien individual y colectivo.

La Dignidad Humana

El punto de partida indiscutible e incuestionable de todo comportamiento que pretenda considerarse ético es la dignidad de la persona; en consecuencia, cada individuo deberá ser considerado, respetado, y tratado como corresponde a esa dignidad elemental.

Principios primarios

Lealtad: Practicamos la fidelidad con respecto a los compromisos adquiridos, y a la confianza depositada en nosotros por nuestros clientes y, en general por la sociedad, procurando no defraudarla. Tenemos sentido de pertenencia institucional.

Honestidad: Somos integros, no aparentamos lo que no somos. Asumimos y corregimos nuestros errores, reconociendo nuestros logros y los de los terceros. Actuamos como pensamos.

Responsabilidad: Cumplimos nuestras obligaciones y asumimos las consecuencias de nuestros actos. Estamos siempre dispuestos a rendir cuentas de nuestra gestión.

Compromiso social: Reconocemos el civismo como valor fundamental de la vida social y nos involucramos con el quehacer y bienestar de la sociedad en la que estamos insertos, respetuosos siempre de la institucionalidad democrática, de las autoridades y del Estado de derechos y justicia.

Principios secundarios

Respeto: Somos capaces de aceptar, comprender y valorar a los demás como a nosotros mismos. Ofrecemos un trato de calidad y calidez, atento y cordial tanto para el cliente externo como interno, procurando un buen ambiente de trabajo. Respetamos la iniciativa, creatividad y buen nombre de los demás, así como el pensamiento ajeno.

Disciplina: Somos ordenados, perseverantes, autoexigentes, practicamos la puntualidad al interior y exterior. Nos ajustamos a la normativa legal y reglamentaria tanto externa como interna.

Proactividad: Somos capaces de anticiparnos, responder prontamente, y adaptarnos al cambio, así como de ejercer liderazgo aportando iniciativas innovadoras que contribuyan al logro de los objetivos de la institución, al beneficio de nuestros clientes a los cuales nos debemos, y al de la sociedad toda.

Trabajo en equipo: Nos integramos y colaboramos con los esfuerzos de los demás, formando un todo positivo con miras al cumplimiento de los objetivos organizacionales. Procuramos conservar la unidad.

Compromiso con la seguridad y el ambiente sano: Tomando en cuenta la importancia que para el universo todo tiene el medio ambiente, nos responsabilizamos por prevenir y controlar los riesgos ambientales y de seguridad industrial en todo lo que hacemos, tanto en el trabajo como en el entorno familiar y social.

Normas prácticas de conducta

En razón de nuestro ejercicio profesional, de nuestras funciones y de la responsabilidad que adquirimos como consecuencia de ello, nos comprometemos a observar las siguientes normas de conducta:

1. Guardar absoluta reserva, discreción y confidencialidad sobre las informaciones y datos de gobierno, organización y trabajo que así lo requieran. Conservar el secreto y sigilo propio de nuestro oficio por deber moral y legal.
2. Asesorarnos y consultar aquellas dudas o situaciones que así lo demanden y que puedan provocar conflictos de interés o eventuales perjuicios a nuestros clientes.
3. Procurar siempre y en el menor tiempo posible la solución que más favorezca los intereses de nuestros clientes, dentro lo permitido por el marco legal y reglamentario al que está sujeta nuestra actividad.
4. No utilizar recursos de la institución en asuntos o intereses particulares.

5. No dejarnos intimidar, amenazar o acosar de ninguna manera, por ninguna persona, y revelar tales situaciones en el evento de que se produzcan.
6. No intervenir de ninguna manera, ni directa ni indirectamente, en ningún acto, negocio, empresa, sociedad, juego de azar, lotería, o actividad que pueda tener un origen ilícito, o una causa u objeto ilícito, o esté relacionado con el lavado de activos.
7. No mantener relación de ninguna forma, con persona natural o jurídica que pueda estar vinculada a actividades que tengan origen ilícito, o cuyos recursos tengan origen ilícito o sean fruto del lavado de activos.
8. Evitar favores que generen compromisos u obligaciones personales.
9. No aceptar regalos de clientes y proveedores, y los que no se puedan devolver, serán obligatoriamente reportados y entregados al área de recursos humanos para que disponga lo conveniente.
10. Reportar al supervisor o jefe inmediato, o a la autoridad competente, cualquier comportamiento o transacción irregular, con la debida justificación.
11. Conocer el ser y el hacer de cada cliente y no dejarse guiar por el parecer o imagen que nos haya generado, antes de tomar decisiones que puedan afectarlo.
12. Aplicar dentro del marco legal la presunción de buena fe, salvo los casos en que la ley presume lo contrario, y exigir las pruebas suficientes cuando se afirme que alguien ha obrado de mala fe.
13. Establecer los procesos para llevar a cabo una adecuada aplicación de la política “conozca a su cliente”.
14. Singularizar al funcionario que tiene como responsabilidad exceptuar a los clientes de la obligación de entregar el formulario de licitud de fondos.
15. Establecer procedimientos para la identificación y verificación de la identidad de los clientes en los casos determinados en las normas bancarias sobre prevención del lavado de activos.
16. Evaluar los riesgos de los potenciales clientes de conformidad con los diferentes factores de riesgos a los cuales pueden estar

expuestos, y en consecuencia, ponderar el riesgo de cada cliente y adoptar políticas que permitan en algunos casos tomar decisiones de no vinculación o de someterlos a una debida diligencia mejorada.

17. Propender, dentro de las políticas sobre “conozca a su cliente”, a un adecuado conocimiento de todos los clientes potenciales, actuales, permanentes y ocasionales, así como a la revisión de la información y soportes de la misma, prestando atención entre otras cosas a: identificar al cliente, conocer el volumen o índole de los negocios del cliente o cualquier actividad económica declarada al inicio de la relación comercial; conocer las características, montos y procedencia de los ingresos y egresos de acuerdo a la categoría de riesgo definida por la institución; conocer las características y montos de las transacciones y operaciones de los clientes activos; establecer el perfil transaccional del cliente en que se incluya el origen de los fondos, la frecuencia, volumen, características y el destino de las transacciones financieras; determinar que el volumen y movimiento de los fondos guarden relación con las actividades y capacidad económica de los clientes.
18. En fin, nos obligamos a tener una conducta digna y consecuente con los postulados fundamentales y los principios declarados en este Código.

Carácter obligatorio, alcance y aplicación del presente Código de Conducta

Las disposiciones del presente Código de Conducta tienen carácter obligatorio para todos quienes formamos parte de esta institución, y sus violaciones podrán dar origen y aplicación, según su gravedad, a medidas disciplinarias de conformidad con el reglamento interno de trabajo, o el estatuto social, en su caso, sin perjuicio de las acciones civiles, administrativas, e incluso penales a que pudiere dar lugar frente a los órganos competentes de conformidad con la ley.

Todos los trabajadores de la institución recibirán en físico un ejemplar del Código de Conducta, para ser leído, el primer día de trabajo o cuando exista una modificación al mismo.

6.2 SUGERENCIAS PARA SU EJECUCIÓN

Nuestra propuesta de intervención puede ser llevada a la práctica de dos maneras: la una, si es aceptada de manera individual por cada una de las instituciones del sistema financiero, y si es así, estas pueden, previa aprobación del órgano interno competente, poner en vigencia el Código de Conducta como parte de su normativa interna; y, la otra, elevándolo a conocimiento del señor Superintendente de Bancos y Seguros y de la Junta Bancaria, para que lo conozcan, evalúen y de aprobarlo, lo incorporen dentro de la normativa que contiene la Codificación de Resoluciones Bancarias en el capítulo referente a las normas de prevención de lavado de activos para las instituciones del sistema financiero, como un formato tipo de código de conducta.

6.3 FACTIBILIDAD

Consideramos nuestra propuesta plenamente factible, puesto que el orden mundial de cosas en esta materia lo recomienda, y en el ámbito interno, nacional, también es uno de los aspectos que deben ser cumplidos como parte de las exigencias contenidas en la normativa de prevención de lavado de activos para las instituciones del sistema financiero dictada por la Junta Bancaria y que consta en la Codificación de Resoluciones Bancarias. Así vista, la propuesta que hacemos del Código de Conducta arriba contenido, simplifica la tarea de las instituciones del sistema financiero al proporcionarles un punto de partida sobre el cual trabajar, agregándole las especificidades de cada una, pues se trata de un documento trabajado sobre la materia.

Además, la propuesta recoge una necesidad establecida por el nuevo orden constitucional que pone aún por encima de la misma norma constitucional la vigencia de los tratados internacionales sobre derechos humanos, entre los cuales está el de la dignidad humana, que se ve ultrajada cuando la persona es marcada bajo la sospecha de actividades de origen ilícito. En el orden puntual, el artículo 66 número 18 de la Constitución ecuatoriana reconoce y garantiza a las personas el derecho al honor y al buen nombre, además de proteger su imagen.

6.4 VALIDACIÓN

La validación de la propuesta está dada por el marco teórico enunciado y por la exigencia de la normativa nacional contenida en la codificación de resoluciones bancarias, particularmente en los artículos 4 y 40.2 de las normas para la prevención de lavado de activos para las instituciones del sistema financiero (ver anexo 1). No habrá mejor forma de comprobar su eficacia que llevándola a la práctica durante el tiempo adecuado que permita valorar sus efectos positivos, y en el cual se pueda lograr una cultura del código de conducta, pues no se trata de cumplir un trabajo por cumplirlo, no se trata de parecer que se lo hace bien, cuando en realidad estamos bastante lejos de hacerlo así. Se trata de observar una normativa de conducta que logre la identidad entre el ser y el parecer del operador bancario y financiero, más aún, cuando tenemos en nuestras manos el manejo de recursos e intereses ajenos.

Por otra parte, en el caso específico de los clientes que no tienen presencia física en el país y operan con la banca nacional, que aportan recursos de origen lícito, pero que actualmente están siendo injustamente afectados por las normativas generales que no considera sus casos, estos se verán mejorados con las normas prácticas de conducta sugeridas en el proyecto de código, especialmente aquellas que van desde el número 13 en adelante, porque al poner en práctica el verdadero conocimiento de quién es ese cliente y a que se dedica o de donde se originan sus recursos, podrá en unos casos excluirse de las declaraciones del origen lícito de sus

recursos, verificando su perfil financiero, y en otros, ponderar mejor los márgenes de riesgos financieros de ese cliente, por el monto y regularidad de sus transacciones.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Luego del estudio realizado con motivo de esta tesis y su propuesta podemos llegar a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

CONCLUSIONES

1. Del estudio realizado hemos podido concluir que falta una efectiva aplicación de las políticas y procesos de conocer al cliente, y es por eso que los clientes bancarios materia de esta tesis no están siendo considerados por lo que son ni por lo que hacen para la obtención de sus recursos, sino injustamente afectados y perjudicados por medidas generales que atentan contra su dignidad humana al vérselos inmiscuidos en restricciones normativas contra el lavado de activos y sospechas de un origen ilícito de sus recursos.
2. Que no obstante la normativa vigente sobre la prevención contra el lavado de activos en las instituciones del sistema financiero, la actual e imperfecta aplicación de los códigos de conducta es meramente formal y declarativa, por lo que no corrige aún la afectación señalada ni corrige la percepción de que la banca es todavía potencialmente susceptible de ser usada como parte del lavado de activos.

RECOMENDACIONES

1. Implementar por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros, la propuesta de código de conducta cuyo texto se sugiere en esta tesis, el mismo que recoge la normativa vigente sobre la prevención contra el lavado de activos, sea por aceptación de las instituciones financieras en forma directa, o mediante incorporación normativa que hagan las autoridades de control.
2. Realizar una capacitación mediante instructores calificados por la Superintendencia de Bancos y Seguros, no solo para conocer la necesidad de implementar los códigos de conducta sino sus beneficios, haciendo conciencia en los propósitos del mismo.
3. Insistir a las instituciones del sistema financiero nacional en la aplicación de las políticas y procesos de “conozca al cliente” que nos lleven a conocer verdaderamente el ser y hacer del cliente y no las apariencias de su actividad.
4. Medir por la Superintendencia de Bancos y Seguros y por las propias instituciones del sistema financiero nacional, los beneficios y el impacto de la aplicación de los códigos de conducta en los riesgos financieros por cliente, como parte de la rendición de cuentas de la administración.
5. Designar por parte del Directorio de las instituciones del sistema financiero o del organismo que haga sus veces, al funcionario competente y utilizar con responsabilidad la excepción de la exigencia de la declaración del origen lícito de los recursos cuando se trate de clientes como los referidos en nuestro estudio, previo conocimiento del perfil financiero del sujeto.

BILIOGRAFÍA

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. La imputación objetiva en el derecho penal. Nociones preliminares. Idemsa. Lima-Perú. 1997.
2. BAJO FERNANDEZ, Miguel. Política criminal y reforma penal. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1993.
3. BAQUERO, Jaime. Ética para políticos y juristas. Universidad de Los Hemisferios. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 2009.
4. BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales. Aranzadi, 2012.
5. CEBALLOS PATIÑO, PEDRO. *El Blanqueo de Capitales o Lavado de Activos. Cuestiones Puntuales a Considerar*. Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Guayaquil, Marzo 30 de 2007.
6. *Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos*. Resolución de la Superintendencia de Bancos 306. Publicada en el Registro Auténtico número 2006 de fecha 5 de Julio de 2006. No promulgada en el Registro Oficial.
7. *Código de Procedimiento Penal* Registro Oficial Suplemento número 360 de fecha 13 de Enero de 2000.
8. *Código Penal*. Registro Oficial Suplemento número 147 de fecha 22 de Enero de 1971.
9. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial número 449 de fecha 20 de Octubre de 2008.
10. ESCOBAR, Raúl Tomás. El crimen de la droga. Tóxicos, depresores, estimulantes, drogadicción, narcotráfico. Lavado de dinero. Sida. Mafias. Universidad de Buenos Aires. Argentina, 1992.
11. FABIAN CAPARRÓS, Eduardo A. El delito de blanqueo de capitales. Colex, 1998
12. GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Económico. Parte Especial. 1ª ed. Editora Jurídica Grijley. Lima-Perú. 2007.
13. GARCIA FALCONI, Jorge. Manual de Práctica Procesal Penal. El Juicio Penal por: LAVADO O BLANQUEO DE DINEROS PROVENIENTES DEL NARCOTRAFICO. Quito-Ecuador, 1994.
14. HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando. EL LAVADO DE ACTIVOS. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá-Colombia, 1997.
15. HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando. Los delitos en el estatuto orgánico del sistema financiero. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá-Colombia, 1996.
16. La Unidad de Inteligencia Financiera del Perú y el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y/o Financiamiento del Terrorismo. Marzo 2008.
17. *Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicótropicas*. Registro Oficial Suplemento número 490 de fecha 27 de Diciembre de 2004.
18. *Ley General de instituciones del Sistema Financiero*, codificación Registro Oficial número 250 de fecha 23 de Enero de 2001.
19. *Ley para Reprimir el Lavado de Activos*. Registro Oficial número 127 de fecha 18 de Octubre de 2005.
20. PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de derecho penal. Tráfico de drogas y lavado de dinero. Ediciones Jurídicas. Lima, 1995.

21. PÉREZ LAMELA, Hector. El lavado de dinero de origen delictivo. Procedimientos operativos y Legislación comparada. Editorial Edino. 2003.
22. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. El delito de lavado de dinero. IDEMSA, Importaciones y Distribuidora Editorial Moreno. Perú, 1994.
23. PUIG PEÑA, Federico. Derecho Penal. Parte especial, 5ª ed., tomo III. Barcelona-España. 1960.
24. *Reglamento General a la Ley para Reprimir el Lavado de Activos*. Registro Oficial número 256 de fecha 24 de Abril de 2006.
25. ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, 2da. Ed., Civitas. Madrid, 1997.
26. ROXIN, Claus. El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo. Política criminal y reforma del derecho penal. Temis, 1982.
27. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ. La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales. Dykinson. Madrid, 2005.
28. SERNA GÓMEZ, Humberto; SUÁREZ ORTIZ, Edgar; RESTREPO CAMPIÑO. *Prácticas de Buen Gobierno Corporativo en el Sector Financiero Latinoamericano*. Federación Latinoamericana de Bancos –FELABAN. Bogotá, (Colombia): octubre de 2007.
29. SERNA JARAMILLO, Mario. *EL ROL DEL SECTOR PRIVADO Y DE LAS AUTORIDADES DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN EN LA PROTECCIÓN DEL MERCADO BURSÁTIL*. Seminario Internacional de Prevención de Lavado de Activos, Bankers Club, 27 de octubre de 2009, Guayaquil.
30. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal, 2ª ed., Civitas. Madrid, 2001.
31. SINTURA VARELA, Francisco José. Concesión de beneficios por colaboración con la justicia y lavado de activos. Bogotá. Dike, 1995.
32. VILERA, Juan; ESTANGA, Iván. El lavado de dinero en los Países Andinos. Gente Nueva Editorial. Bogotá, 1994.
33. ZAMBRABO PASQUEL, Alfonso. Temas de Criminología. Offset Graba. Guayaquil, 1986.
34. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. Cárcel y drogas. De la represión a la legalización. Edino. Guayaquil. 1994.
35. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL. Doctrina Penal Constitucional y Práctica Penal. EDILEX S.A., editores. Guayaquil-Ecuador, 2011.
36. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. Lavado de Activos. Aproximaciones desde la Imputación objetiva y la Autoría mediata. Talleres de la CEP. Quito-Ecuador. 2010.
37. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. Manual de Derecho Penal. Graba. Guayaquil, 1984.

PÁGINAS WEB

1. http://es.wikipedia.org/wiki/Corrupci%C3%B3n_pol%C3%Adtica. Consultado el 20 de octubre de 2009.
2. <http://es.wikipedia.org/wiki/Terrorismo>. Consultado el 20 de octubre de 2009.
3. <http://www.fatf-gafi.org>. Consultado el 20 de octubre de 2009.
4. <http://www.alfonsozambrano.com>. Zuñiga Rodriguez, Laura. Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad, apuntes para el análisis.

ANEXOS