

La prevención del blanqueo de capitales en el ámbito penal

Incertezas actuales de la
Responsabilidad penal de las Personas
Jurídicas y el Compliance. Determinación
del estandard de la organización
adecuada y la seguridad jurídica de los
operadores económicos. Especial
consideración al estándar de prevención
respecto del riesgo jurídico-penal de
blanqueo de capitales

Fundamento jurídico de la responsabilidad penal de la persona jurídica:

- Combatir eficazmente el fenómeno de la irresponsabilidad organizada en el marco de la criminalidad de empresa
 - Dificultades para descubrir el delito
 - Dificultades para identificar a los partícipes del delito
 - Dificultades para perseguir y recuperar los efectos de delito
- *La PJ crea peligros a consecuencia o inherentes a su propia actividad empresarial
- *La PJ de facto puede aparecer como un “DISFRAZ”
 - El propósito es que se pueda llegar a condenar a la persona física delincuente
 - La PJ no actúa (no desarrolla conductas humanas voluntarias), sino que se organiza. Concepto de PJ y de Empresa.
- * La PJ debe neutralizar la potencialidad criminógena de ciertas dinámicas de grupo (anonimato, concepciones erradas de solidaridad/lealtad, sesgos cognitivos derivados de la habituación al riesgo de los empleados, desviación de responsabilidades hacia arriba)

Fundamento económico de la responsabilidad penal de la persona jurídica:

- Mejorar, al menor coste posible, la capacidad competitiva de las empresas en el ámbito nacional a través de la reducción de la criminalidad de empresa.

* La pretensión del legislador con el deber de organizarse en compliance de las personas jurídicas no ha sido generar una nueva carga administrativa para las empresas sino generar ventajas económicas para éstas a través de la mejora de la libre concurrencia en el mercado

- 1) Incapacidad económica del Estado para controlar directamente y regular, en el caso de grandes y complejas organizaciones empresariales, el riesgo jurídico -penal de que una persona física integrada o vinculada a la citada organización empresarial cometa un delito en provecho de la misma.
- 2) Muchos menos recursos económicos resultan necesarios para alcanzar el mismo resultado preventivo si el control y la regulación es asumido directamente por cada persona jurídica en relación a su propia organización empresarial.
- 3) El Estado ha delegado en las personas jurídicas la capacidad de autorregular los riesgos jurídico- penales derivados de su actividad empresarial. Sin embargo el Estado exige a dichas personas jurídicas un determinado resultado preventivo/ reactivo– a través de sancionar penalmente a aquellas compañías que no obtengan dichos resultados- .

* Dicho resultado sancionador se configura como el perjuicio económico producido a la persona jurídica susceptible de generar la responsabilidad penal y civil del administrador social y del concursal.

CONTENIDO DEFECTO ORGANIZACIÓN

- EN CONCLUSIÓN, LA PERSONA JURÍDICA SERÁ PENALMENTE RESPONSABLE CUANDO, A CONSECUENCIA DE UNA DEFECTUOSA O NO TRANSPARENTE ESTRUCTURA ORGANIZATIVA, FAVOREZCA O INCENTIVE EL RIESGO DE COMISIÓN DE DETERMINADOS DELITOS QUE LE BENEFICIEN POR PARTE DE PERSONAS FÍSICAS INTEGRADAS EN LA MISMA – SIEMPRE QUE FINALMENTE SE MATERIALIZASE DICHO RIESGO EN LA PRODUCCIÓN DE UN CONCRETO RESULTADO DELICTIVO -.

El Compliance o modelo de organización o gestión no es un valor en sí mismo que merezca ser protegido, sino que es el instrumento idóneo para que una concreta empresa alcance la estructura organizativa adecuada o transparente penalmente exigible (siendo dicha transparencia de la estructura organizativa el valor o realidad valiosa que merece ser protegida).

REQUISITOS DE LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN. **STANDARD DE COMPLIANCE O MEDIDAS QUE PERMITAN ALCANZAR LA TRANSPARENCIA EXIGIBLE PENALMENTE**

- En el apartado 5 del art. 31bis se formulan los requisitos de los modelos de organización y gestión :

“ 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”

- **1.º** Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

- El análisis de riesgos jurídico-penales.

* La empresa como fuente de peligro para determinadas realidades valiosas tuteladas penalmente. Cómo determinar esos peligros constituye una actividad imprescindible para evitar que esos riesgos se materialicen en resultados dañosos.

ANÁLISIS DE RIESGOS EN EL ÁMBITO DEL BLANQUEO.

Compliance y cumplimiento de la legalidad en materia de blanqueo de capitales : a) Standard de Compliance eficaz y seguridad jurídica

- Responsabilidad Administrativa por infringir los deberes impuestos en la normativa reguladora de blanqueo de capitales
- Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por el delito de blanqueo de capitales.
- Responsabilidad Penal de la Persona Física por cometer el delito hecho de referencia de blanqueo de capitales

* A diferencia de lo que sucede en el ámbito penal, en el ámbito del derecho administrativo sancionador no existe una cláusula general de autoría que permita la sanción simultánea de la PF administrador y la PJ (Tan sólo cabe dicha posibilidad cuando la normativa sectorial lo permita, lo que sucede en el ámbito del blanqueo de capitales).

Deberes impuestos a los sujetos obligados en la normativa de blanqueo de capitales

- Obligación de aplicar medidas de diligencia debida; Obligación de identificación de clientes, Obligación de identificar el propósito de la relación de negocio así como la naturaleza de la actividad profesional del cliente, Obligación de seguimiento continuo de la relación de negocios.
- Obligaciones de información; Análisis del riesgo y creación de sistema de alertas, examen especial de operaciones, comunicaciones al SEPBLAC, abstención de ejecución, colaboración con el SEPBLAC, prohibición de revelación, conservación de documentos
- **Obligación de aplicar medidas de control interno;**
 - **El Manual de prevención de blanqueo de capitales debe contener información completa sobre las medidas de control interno, especialmente las relativas a las políticas y procedimientos de prevención del blanqueo de capitales**
 - **Procedimientos de control interno y análisis del riesgo adecuados**
 - **Órganos de control interno : Responsable del cumplimiento de las obligaciones de información ante el SEPBLAC, órgano adecuado de control interno, unidad técnica para el tratamiento y análisis de la información**

Medidas de seguridad establecidas en la normativa de blanqueo de capitales

- La seguridad jurídica del Compliance en los procesos de blanqueo de capitales se materializa en el hecho que el Manual de Prevención de Blanqueo de Capitales (que contiene información completa sobre las medidas de control interno) debe estar a disposición del SEPBLAC **y le puede ser enviado voluntariamente por el sujeto obligado para que el SEPBLAC determine (EN FUNCIÓN CONSULTIVA) la adecuación de las medidas de control interno establecidas.**
- * Medidas de control interno : política de admisión de clientes, procedimiento de conservación de documentos, procedimiento estructurado de diligencia debida, medidas para asegurar el conocimiento de los procedimientos de control interno por parte de directivos y empleados, descripción detallada de los flujos internos de información, procedimiento de verificación periódica de esas medidas.

Ejemplo de estándar de riesgo alto de blanqueo extraído de la ley y el reglamento de blanqueo de capitales (art. 17 de la ley y 24 del reglamento)

- Toda operación o pauta de comportamiento compleja, inusual o sin un propósito económico o lícito aparente o que presente indicios de simulación o fraude

- Operaciones susceptibles de estar relacionadas con el blanqueo de capitales :
 - a) Cuando la naturaleza o el volumen de las operaciones activas o pasivas de los clientes no se correspondan con su actividad o antecedentes operativos
 - b) Cuando una misma cuenta, sin causa que lo justifique, venga siendo abonada mediante ingresos en efectivo por un número elevado de personas o reciba múltiples ingresos en efectivo de la misma persona
 - c) Pluralidad de transferencias realizadas por varios ordenantes a un mismo beneficiario en el exterior o por un único ordenante en el exterior a varios beneficiarios en España, sin que se parezca relación de negocio entre los intervinientes.

d) Movimientos con origen o destinos en países de riesgo

....

Riesgo geográfico (art. 22 Reglamento) Países, territorios o jurisdicciones de riesgo de blanqueo;

- Los que no cuenten con sistemas adecuados de prevención de blanqueo de capitales
- Los que presenten niveles significativos de corrupción
- Los que tengan la consideración de paraísos fiscales
- Los que presenten un sector financiero extraterritorial significativo (centros off-shore)
- Los que estén sujetos a sanciones aprobadas por la Unión Europea, las Naciones Unidas u otras organizaciones internacionales

- En la determinación de los países de riesgo, los sujetos obligados deben recurrir a fuentes creíbles, tales como los informe del GAFI o los Informes de otros organismos internacionales

- **2.º** Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.
 - Procedimientos de adopción y ejecución de decisiones ; Quienes adoptan una decisión (roles competenciales), cuándo se adopta la decisión, el sentido de los votos, con qué información previa se decide y cómo se documenta la decisión.
 - FGE : Contratación y promoción de directivos. Nombramiento de los miembros de los órganos de administración.

- **3.º** Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
 - Trazabilidad de pagos efectuados y recibidos así como acreditación de la **causa (fijación de metodología para valorar la racionalidad económico-financiera de la operación)** de los mismos.
 - Control estricto del dinero en efectivo en caja (delito fiscal, apropiaciones indebidas, corrupción, blanqueo)

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

- Canales de denuncia interna

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

- Regulación laboral aplicable en supuestos de delitos cometidos por empleados, conductas de los empleados que dificulten el descubrimiento del delito e infracciones de deberes de información

- **6.º** Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”

Modelo de responsabilidad penal
de las personas jurídicas
introducido por el legislador
español. El defecto de
organización.

* La atribución de responsabilidad penal a una persona jurídica exige la concurrencia de dos tipos de hechos:

- a) El hecho de referencia; Se trata de un delito intentado o consumado por una persona física integrada o vinculada a la persona jurídica en beneficio directo o indirecto de ésta – aunque dicho beneficio no hubiese sido ni el único ni el principal objetivo de la persona física-
- b) El defecto de organización o hecho propio de la persona jurídica. Se trata de la ineficacia ex-ante de la organización cuya titularidad corresponde a la persona jurídica para desincentivar el riesgo jurídico- penal de que las personas físicas integradas o vinculadas a aquella ejecuten o lleven a cabo el hecho de referencia.
- La organización empresarial opera como un factor o realidad desincentivadora de la comisión de delitos a través de la creación e implementación de mecanismos de prevención, detección y reacción frente a los mencionados hechos de referencia, todo ello en el marco de la libertad de organización de las empresas.

Contenido hecho de referencia

- El artículo 31bis.1 del CP describe dos tipos distintos de hechos de referencia en virtud de la condición de la persona física que comete el delito del que pueda resultar penalmente responsable la persona jurídica ;
 - a) En el primero, el delito tiene que ser cometido por el representante legal, por aquellos que están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma (Administradores, Altos directivos, Compliance officer)
 - b) En el segundo, el delito tiene que ser cometido en el ejercicio de actividades sociales por un sujeto sometido a la autoridad de las personas físicas anteriormente mencionadas. Es preciso que dicha persona pudiese cometer el hecho **por haber incumplido gravemente aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control** atendidas las concretas circunstancias del caso.

* La estructura del apartado b) presupone simultáneamente la concurrencia de dos conductas : de un lado, un delito doloso o imprudente cometido por el subordinado, y de otro, un incumplimiento (normalmente omisivo) imprudente – imprudencia grave – de los deberes de controlar a los subordinados por parte de las personas del apartado a). Dicho deber de control no se corresponde con el defecto de organización.

El deber de organización en compliance de la persona jurídica establecido en el artículo 31bis CP

- Destinatario inmediato de dicho deber : Las personas jurídicas
- Destinatario mediato de dicho deber : Los administradores sociales y concursales en cuanto personas físicas que actúan la capacidad de obrar de la persona jurídica y configuran su estructura organizativa (la organizan)

Prueba de la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Cómo conseguir la exención de responsabilidad penal de una persona jurídica cuando un hecho de referencia ha **tenido lugar**. Actuaciones ineludibles del administrador concursal y social que integran el contenido de su deber de diligencia.

CONDICIONES LEGALES (**REQUISITOS GENERALES**) PARA LOGRAR LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS . **SE DEBE ACREDITAR QUE EL DELITO HA SIDO UN ACONTECIMIENTO EXCEPCIONAL E IMPREVISIBLE CUYA EVITABILIDAD NO RESULTABA PENALMENTE EXIGIBLE.**

31 bis CP

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

- **1.^a** el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con **eficacia**, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control **idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;**
- **2.^a** la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
- **3.^a** los autores individuales **han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y**
- **4.^a** no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a
- En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.
- **3.** En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.
- **4.** Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.
- En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este

La eficacia del plan de cumplimiento normativo como fundamento de la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica

Concreción del requisito de eficacia del modelo de organización y gestión adoptado y ejecutado

Criterios económicos para valorar la eficacia del programa de prevención de delitos

- Capacidad económica de la empresa e inversión exigible en *compliance*:
 - No será exigible una inversión en *compliance* inasumible para todas las empresas que concurren en un determinado subsector de economía.
 - La falta de competitividad o capacidad económica de una empresa concreta no justificará una nula o escasa inversión en *compliance*.
- Proporcionalidad entre el coste de prevención exigible y el coste esperado del incidente lesivo.
- Resultado preventivo exigible a consecuencia de la inversión adecuada en *compliance*.

Criterios jurídicos para valorar la eficacia del programa de prevención de delitos

Resultado a obtener con un eficaz programa de cumplimiento normativo

- A través de las medidas preventivas incluídas en el plan de cumplimiento se pretende que el delincuente (persona física) llegue a la conclusión de que le resulta más gravoso delinquir desde la persona jurídica que no hacerlo, o hacerlo desde otro lugar.
- Dicha reacción del delincuente proviene de que el plan de cumplimiento eficaz contribuye decisivamente a esclarecer la realidad del delito cometido, la identidad de sus autores y partícipes, el destino de los efectos del delito así como a recuperar dichos efectos.

Tipos de medidas de prevención para alcanzar ese resultado:

- A) Medidas de contenido puramente preventivo. Adopción y ejecución ex ante de toda una serie de medidas de vigilancia y control idóneas para evitar la consumación del delito.
- B) Medidas de contenido de carácter reactivo. Adopción y ejecución ex ante de toda una serie de medidas de reacción idóneas para, en el caso de que el delito se hubiese consumado, anular o minimizar sus efectos perturbadores del orden jurídico – contribuyendo activamente a esclarecer tan rápido como sea posible la realidad del crimen, la identidad de sus autores y la persecución y recuperación de los efectos del delito -.

* El administrador social y concursal, dentro de su deber de diligencia, deberá informarse acerca de la existencia de esas medidas en la persona jurídica gestionada, y después deberá actuar y decidir razonadamente atendiendo a la información obtenida.

Medios de prueba que debe aportar la persona jurídica para acreditar en un proceso penal la eficacia de su plan de cumplimiento normativo.

- Prueba documental
- Prueba testifical (especial consideración a la figura del compliance office en su condición de testigo-perito)
- Prueba pericial (especial consideración a dicho medio de prueba en relación a la eficacia económica del Compliance)
- Colaboración y auxilio continuado a las autoridades de persecución penal

Muchas gracias