

# Las «PEPs» y los bancos

Una *red flag* para el Derecho penal

Douglas Borges de Vasconcelos

---

TESIS DOCTORAL UPF / 2020

DIRECTOR DE LA TESIS

Dr. Dr. hc. mult. Jesús-María Silva Sánchez

DEPARTAMENTO DE DERECHO





Dedico este trabajo a  
*Nuestra Señora de Aparecida del Norte,*  
Mi fuerza y fe a lo largo de esta caminata doctoral.



## Agradecimientos

A la financiación de la Coordinación de Perfeccionamiento de Personal de Nivel Superior (CAPES), sin la cual yo no podría haber logrado la realización de esta investigación.

A la *Humboldt-Universität zu Berlin*, Alemania, por haberme recibido como investigador-visitante entre noviembre de 2018 y mayo de 2019. En este período estuve bajo la supervisión del Prof. Dr. Luis Greco, a quien debo agradecer la hospitalidad y oportunidad de participar del *Rechtsphilosophisches Donnerstag-Seminar*. Tal experiencia ha sido de fundamental importancia para mi caminata académica. Ello porque, además de estar en la casa de von Liszt, he podido acceder al extenso catálogo bibliográfico del *Jacob-und-Wilhelm-Grimm-Zentrum* (un magnífico espacio de trabajo) y de la *Zweigbibliothek Rechtswissenschaft*: medida fundamental para la investigación. Por otro lado, también he podido avanzar en el estudio y aprendizaje del alemán: una tarea dura, principalmente en el *Wintersemester*, pero necesaria a los próximos pasos que daré en mi proceso de formación y aprendizaje.

Además de ello, entre mayo y junio de 2017 realicé una estancia investigación corta en Bogotá, Colombia. En particular, he sido recibido como Investigador Asociado en el *Observatorio de Lavado de Activos y Extinción de Dominio*, grupo de investigación conformado por investigadores académicos de la Universidad del Rosario, profesionales de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIF de Colombia) y de la Superintendencia Financiera, quienes en conjunto estudian

tendencias, dinámicas y asuntos atinentes al lavado de activos, junto con la acción de extinción de dominio. Debo agradecer a la Universidad del Rosario, y al Profesor Dr. Wilson Alejandro Martínez Sánchez, director del Observatorio, por el intercambio de ideas, la bibliografía y el espacio de trabajo que me han sido ofrecido a lo largo de este período.

En esa ocasión también he sido recibido en el *Centro de Investigación en Filosofía y Derecho*, de la *Universidad Externado de Colombia*, bajo la tutela del Profesor Dr. Yesid Reyes Alvarado, a quien debo agradecer por facilitarme el acceso al amplio catálogo bibliográfico de esta entidad (que sin lugar a duda ha sido útil a la investigación). También agradezco a la Profesora Dra. Nathalia Bautista Pizarro, por la atención y hospitalidad en mi acogida institucional.

También podido participar del curso intensivo de doctorado *Business Crime: U.S. Enforcement Against Multinational Corporations for Corruption and Fraud*, impartido por las Profesoras Dra. Tina Søreide (*Norwegian School of Economics*) y Jennifer Arlen (*NYU Law School*) en la Universitetet i Oslo, Noruega, en mayo de 2019, a quienes debo agradecer por la oportunidad. Tal experiencia tuvo gran importancia en la lapidación de algunos fragmentos de la investigación, especialmente en lo que atañe a los aspectos conceptuales de la corrupción y a la casuística estadounidense.

A los profesores y doctorandos del área penal de la Universitat Pompeu Fabra, por todo lo compartido.

Por fin, mi mayor agradecimiento es para mi director, el Profesor Dr. Dr. hc. mult. Jesús-María Silva Sánchez, no solo por la oportunidad de aprender [mucho] en materia de dogmática jurídico penal, sino también por haberme acogido con respecto y afecto a sabiendas de mis limitaciones. Gracias por todo... ¡gracias por tanto!

Muito obrigado!



## Resumen

La presente tesis arroja luz sobre la relación entre las PEPs y los bancos, y plantea que esa conexión es una *red flag* al Derecho penal. Su contenido significa una aproximación vertical a los elementos jurídico-políticos necesarios para (i) conceptualizar las *Politically Exposed Persons*, (ii) identificar la “doble cara” del riesgo que está asociado a ellas, y (iii) visualizar el *por qué* y *el para qué* de regulación.

## Resumo

Esta tese lança luz sobre a relação entre PEPs e os bancos, e sugere que esta conexão é uma *red flag* para o Direito penal. Seu conteúdo significa uma abordagem vertical dos elementos jurídico-políticos necessários para (i) conceituar as *Politically Exposed Persons*, (ii) identificar a “dupla face” do risco que está associado a elas, e (iii) visualizar o porquê e o para que dessa regulamentação.



# PROLEGÓMENOS

## 1. PREPOSICIÓN Y PROPOSICIÓN

La lectura apresurada del título de esta tesis doctoral podrá inducir el lector a intuir que se trata de una investigación «de» Derecho penal. Y hay una razón para ello. Dentro del microcosmo de la *Universitat Pompeu Fabra* (institución) formo parte –por elección e identificación– del *área de Derecho penal*: conjunto de personas vinculadas por el interés común en la dogmática de tradición continental (comunidad).

Pese a ello, la mencionada intuición no se confirmará en el análisis venidero. La preposición «de», que denota pertenencia, no ha sido incluida en la oración que intitula la presente tesis. En su lugar, he utilizado la preposición «para», que denota el *fin* a que se encamina una acción<sup>1</sup>.

Con ello, expreso –a través de tal preposición (¡jojo!)– que la proposición general de esta investigación es arrojar luz sobre la relación entre las «PEPs» y los bancos. ¿El objetivo de ello? Demostrar que la dinámica de negocio entre ambos constituye una *red flag* «para» el Derecho penal.

---

<sup>1</sup> Tal configuración semántica refleja el entendimiento de la Real Academia Española, en adelante, «RAE».

Siendo esto así, surgen dos interrogantes: *¿por qué y para qué he tomado tal decisión?*

Pues bien, tal determinación tiene como fundamento lo que denomino «nudo del ofuscamiento». Me explico. La unidad lingüística *ofuscamiento* designa la «turbación que padece la vista a causa de un reflejo grande de luz que da en los ojos», confundiendo las ideas<sup>2</sup>. *Mutatis mutandis*, lo que he constatado es que –en lo que atañe al significado normativo de las PEPs– la casi la totalidad de la literatura jurídico-penal padece de dicha turbación y confusión. Y ello, en mi opinión, subyace de la combinación de *dos factores*.

*Primero*: tal figura está regulada en el marco de prevención del *blanqueo de capitales*. Y en lo que atañe a ese delito, hubo una oleada de estudios que, de alguna manera, se convirtieron en paradigmas para la aproximación dogmática a las estrategias de represión de ese fenómeno<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> El parámetro de tal afirmación es marco semántico reconocido oficialmente por la RAE.

<sup>3</sup> Al respecto, menciono, ejemplificativamente: GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español*. Barcelona: CEDECS, 1996, 116p; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998, 521p; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. Comares: Granada, 1999, 267p; *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2015[1997], 1122p; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, et al. *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*. Salamanca: Aquilafuente, 2002, 442p; FARALDO-CABANA, Patricia. “Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995”. *Estudios penales y criminológicos*, n.º. 21, 1998, pp. 117-166; PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Edersa: Madrid, 2000, 992p; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, 437p; ABEL SOUTO, Miguel. *El Blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*. Santiago de Compostela: USC, 2002, 209p; RAGUÉS i VALLÈS, Ramon: “Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo”. In: SILVA

En gran medida, ello refleja el *Zeitgeist* que pasó a mover las fichas del sistema de justicia penal a finales del siglo XX, y hasta los días de hoy<sup>4</sup>. Lo peculiar de ello es que, de entrada, la mirada hacia tal fenómeno estaba asociada a las prácticas propias del *drug trade*<sup>5</sup>. Sin embargo, las cosas han cambiado. Y ahora, el “espíritu” de la persecución parece estar concentrado, cada vez más, en los *crimes of the powerful* (principalmente la corrupción política protagonizada por las PEPs).

*Segundo:* de alguna manera, la mencionada *oleada de publicaciones* causó el sentimiento de “clímax” o “saturación”. De ahí el *nudo de ofuscamiento*: el brillo causado por el conjunto de tesis, monografías y artículos que, a su día, han analizado tal tema, parece haber reflejado mucha luz en los ojos de quienes forman parte de las distintas comunidades del Derecho penal.

---

SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 127-161. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas la recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”. In: *Cuadernos de Derecho judicial*, 1994, pp. 143-188; ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. “El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos: su investigación. Cuadernos de Derecho judicial, 1994, pp. 107-142; GÓMEZ PAVÓN, Pilar. El bien protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento”, Cuadernos de Derecho judicial, 1994, pp. 189-252. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Política Criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009, 252p.

<sup>4</sup> Por poner un ejemplo de la potencia de ello, he constatado que, en la tradición de la *civil law*, dicha pretensión persecutoria ha sido la raíz de los *inputs* que fomentan la expansión del iconoclasta modelo de *justicia penal negociada*. Y, al menos en los países de Latinoamérica, tal hecho cambia toda la lógica de atribución de responsabilidad penal, poniendo en jaque, incluso, la capacidad de absorción judicial de la dogmática penal (que lamentablemente no va de la mano con la dogmática del proceso penal). Ello se nota claramente en la concatenación regulatoria de la tríada de la ONU: *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción* (art. 37), *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* (art. 26), que han sido construidas como un *refuerzo expansivo* del art. 7.4 de la *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*.

<sup>5</sup> WELLING, Sarah. “Money Laundering and the Federal Criminal Law: The Crime of Structuring Transactions”. *Florida Law Review*, v. 41, n. 2, 1989, pp. 287-343.

Por consiguiente, lo que se nota, ahora, es una turbación que perjudica la visión hacia a los nuevos elementos que conforman tal asunto. Así las cosas, surge una interrogante: ¿fue el blanqueo de capitales un tema de momento?

Tal pregunta tiene como fundamento una sorprendente constatación: en España, de las publicaciones de últimos diez años (2010-2020), solamente *dos* monografías del área penal (ambas de 2015)<sup>6</sup> han analizado con rigurosidad académica la actual *política de [co]operación preventiva del blanqueo de capitales*: uno de los marcos más potentes para el rendimiento del Derecho penal de la empresa. Aún así, ninguna de estas dos publicaciones ha analizado *de modo sistemático y vertical* la significación de las PEPs<sup>7</sup>.

Quizás por ello, he constatado –observador-participante– dos situaciones que, en mi opinión, subyacen del vacío post-ofuscamiento que ha caracterizado la última década. Una ha sucedido en las *comunidades de Derecho penal (foros de discusión)*, la otra en la *literatura jurídico-penal (publicaciones)*.

En la *primera situación*, corroboré que –en regla– mis interlocutores de foros y seminarios doctorales *en Derecho penal* desconocían por

---

<sup>6</sup> En concreto: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2015[1997], 1122p; BERMEJO, Mateo G. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales: un análisis jurídico-económico*. Madrid: Marcial Pons, 2015, 394p.

<sup>7</sup> Al respecto, Blanco Cordero realiza una aproximación superficial –y sin pretensión de sistematización– en obra principal y en un artículo publicado en 2014, en Brasil. Ambas publicaciones están desactualizadas con el Real Decreto-ley 11/2018, que alteró el régimen de las PEPs en España. Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 230-233; 713-717; “Las personas expuestas políticamente (PEP). Riesgo de blanqueo para los sujetos obligados”. In: DE CARLI, Carla Veríssimo; *et al.* *Lavagem de capitais e sistema penal. Contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. pp. 44-74.

completo: (i) la significación jurídico-formal de la condición de riesgo de las PEPs, y (ii) el sentido normativo (y la propia existencia) de los *deberes de máxima diligencia bottom-up* que están referidos a ellas. Hubo excepción confirma la regla.

Por supuesto, no hay ningún problema en ello: nadie está obligado a saber todo. Y yo tampoco lo sé. Sin embargo, tal situación generó algunas confusiones comunicacionales. Por poner un ejemplo. En algunas ocasiones, he planteado públicamente que la infracción del marco de diligencia de las PEPs constituye un *fundamento bastante* para atribuir responsabilidad penal a la *alta dirección* de un banco.

De inmediato, los interlocutores que rechazaban tal planteamiento partían del presupuesto de que se trataba de un *problema de omisión de información* (por falta de comunicación de operación sospechosa). Y a partir de ello, afrontaban mi planteamiento a partir de los modelos teóricos de garante de omisión de base institucional. Tal dato, *per se*, pone de relieve un equívoco de premisa: en lo relativo a la diligencia inherente a la condición de riesgo de las PEPs, el deber de máxima diligencia que no está referido a la omisión, y es distinto de la comunicación de operación sospechosa.

La *segunda situación*, a su vez, es un poco problemática: no hay, en la literatura jurídico-penal, ningún estudio vertical sobre la condición de riesgo de las PEPs y los subyacentes deberes que los bancos deben cumplir para interactuar con ellas<sup>8</sup>. Y ello, *per se*, genera un grave

---

<sup>8</sup> En España, la monografía de Blanco Cordero, que se ha enfocado en la responsabilidad penal de los empleados de la banca, está referida –exclusivamente– a la omisión de comunicación de operación sospechosa, que, además de ser otro tema, fue concebida cuando la figura PEPs no existía el marco global de la política de

descompaso lo *puesto* y lo *presupuesto*. Ello porque –en esa materia– el marco extrapenal que determina el sentido y el alcance del tipo penal de *blanqueo de capitales* está constante transformación.

He encontrado tomas de postura que, sin considerar la particular regulación de las PEPs, parten de premisas de antaño, y que –desde un punto de vista regulatorio– ya no existen o no considera lo que está regulado. Y así, tales *inputs* se convierten en *petitio principii*. Por poner ejemplos, menciono los siguientes problemas:

1. Reducción de la fenomenología potencialmente significativa al Derecho penal al caso alemán *Dresdner-Bank*<sup>9</sup>, que sucedió y fue solucionado antes de la estandarización global de la condición de riesgo de las PEPs.
2. Homogenización del contenido y de la intensidad de los *deberes de [co]operación* en materia de blanqueo de capitales sin la consideración de los particulares deberes que subyacen de la máxima diligencia *bottom-up*, que es la que conforma la norma de

---

[co]operación para prevenir el blanqueo de capitales. Ello no quita el brillo de este gran trabajo. Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. Comares: Granada, 1999, 267p. El asunto tampoco consta de los trabajos desarrollados en el *Proyecto Grotius II Penal*. Cfr. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *et al. Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*. Salamanca: Aquilafuente, 2002, 442p.

<sup>9</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons, pp. 37-39. MIRÓ LLINARES, Fernando. Intervención en actividades económicas ilícitas y ¿conductas neutrales?, ADPE, n. 1, 2011, pp. 75 y ss. Al respecto, pero subrayando el cambio de deberes especiales de control: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. 2ª ed. Madrid: Edisofer, 2016, pp. 23-24.

conducta que el banco deben cumplir en el relacionamiento con las PEPs<sup>10</sup>.

3. Proposición generalizadora en el sentido de que *quienes están en la cúspide de las grandes empresas*: (i) “[...]no serán realmente los responsables de las decisiones delictivas, dado que éstos sólo se ocuparán normalmente de las políticas generales de la empresa”<sup>11</sup>; (ii) se limitan a “[...] la administración y el consiguiente control de los riesgos inherentes al trabajo colectivo y al reparto de funciones” ya que sus competencias son sobre “[...]aspectos generales y carecen de influencia en decisiones concretas”<sup>12</sup>.

En ese último caso, ambas posiciones la desconsideran que toda operación realizada por los «bancos» en favor de una PEP debe, antes, *ser aprobada por la «alta dirección» (dirigentes de cúpula)*, y que tal decisión: (a) no puede, *ex vi legis*, ser delegada; (b) es tomada con base en un flujo de información *bottom-up* que permite el conocimiento a detalle de un riesgo penalmente relevante; y (c) está dirigida a obstruir el uso del servicio bancario para la realización de tal riesgo (tarea que ha sido regulada como un *obligatory purpose* al banco).

Por todo ello, el *fin* de la presente tesis es arrojar luz sobre las «PEPs» y los bancos, ya que, a partir de ello, estará alzada la *red flag* que señala

---

<sup>10</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo. *Deberes negativos y positivos en Derecho penal*. InDret, v. 4, 2013, p. 16.

<sup>11</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico (Parte General)*, 2ª ed, Valencia: Tirant lo Blanch, 2ª ed., pp. 493-494.

<sup>12</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas*. La Ley Penal, n° 40, 2007, p. 6.

el peligro que debe ser afrontado con los modelos teóricos del Derecho penal.

## 2. LA ESTRUCTURA LA TESIS

La tesis está estructurada en *tres partes*. La *primera* corresponde a la conceptualización de las PEPs como una condición de riesgo. Sin lugar a duda, ese es el núcleo esencial de la investigación. Ello porque, en tal fragmento analítico, he delimitado –de modo vertical– los elementos jurídico-políticos necesarios para (i) conceptualizar las PEPs (capítulo primero), (ii) identificar la “doble cara” del riesgo –prospectivo y retrospectivo– que está asociado a ellas (capítulo segundo), y (iii) entenderlas a partir de la tipología propuesta en esta investigación (capítulo tercero).

La *segunda parte*, a su vez, corresponde a una aproximación a la estandarización (global) de la etiqueta “PEPs” como señalizador de riesgo alto a los bancos. Ese fragmento analítico contiene dos ejes. Uno trata (i) de la *deferential trust* y (ii) del conjunto de *weak points* que tornan los bancos sensibles al riesgo prospectivo que está vinculado a las PEPs (capítulo cuarto). Otro delimita (iii) los *inputs* fácticos que llevarán tanto el *Comité de Supervisión Bancaria de Basilea* (BCBS), como el *Grupo de Acción Financiera Internacional* (GAFI), a estandarizar en (iv) una diligencia *bottom-up* de máxima intensidad que implica el envío de información substancial al nivel *top management* del banco, ya que la realización de cualquier operación que involucre una PEP está

condicionada a la aprobación previa –e informada– de su *alta dirección* (capítulo quinto).

La *tercera parte*, por fin, analiza la “juridificación” (local) de los estándares (globales) referidos a las PEPs. En particular, su enfoque analítico está en los ordenamientos jurídicos de España y Brasil, que corresponden respectivamente a los países (i) de desarrollo de la presente investigación, y (ii) de origen del doctorando.

Pese a que cada una de estas partes posea un objeto distinto, ellas están concatenadas entre sí, y forman el todo unitario que permite la visualización de la dinámica entre las PEPs y los bancos como una *red flag* para el Derecho penal.

### **3. DIFICULTAD DE ANÁLISIS**

En regla, el escenario ideal de todo doctorando es escribir una tesis sobre un tema novedoso, pero que esté en la agenda de discusión vertical (i) de los seminarios, (ii) de las publicaciones, y (iii) de los análisis jurídicos de la comunidad del Derecho penal como un todo. El objeto de la presente tesis, con todo, (aun) no ocupa estos tres espacios de discusión.

En ese contexto, la principal dificultad de la investigación ha sido el vacío causado por la casi inexistente literatura jurídico-penal acerca de las PEPs. Aunque una investigación doctoral presuponga cierta autonomía del investigador para escribir, la acción de escribir presupone: reflexión, lectura, discusión consigo, discusión con los

otros, y finalmente, escribir. Es cierto que la escritura puede prescindir de una bibliografía. Sin embargo, ello perjudicó la ejecución del plan de trabajo que dirigió la tesis.

De alguna manera, esa dificultad traduce una de las pretensiones de esta tesis doctoral: conformar un punto de partida a los ulteriores análisis sobre el tema. Así pues, por más débil que sea la tesis, ella es una primera *aproximación vertical* al fenómeno. ¿La ventaja de ello? Se va a tener por donde empezar, y lo que leer para poder criticar y tomar una postura académica. Por ello, remarco una vez más: esta es una tesis «*para*» el Derecho penal.

## 4. INMERSIÓN PRÁCTICA

He incorporado a la investigación una etapa de *inmersión práctica*. El objetivo de ello ha sido observar y considerar los elementos necesarios para la aproximación adecuada al objeto de análisis. Tal medida ha sido concretada a través de *convenio* (intermediado y asistido por la Universitat Pompeu Fabra), y me permitió actuar –el período de 05/03/2018 a 27/07/2018– como *Anti-Money Laundering & Compliance Trainee* en el departamento de *Internal Audit & Compliance*, y en particular, en la Unidad Técnica de Prevención del Blanqueo de Capitales de una destacada entidad<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Por fuerza del deber contractual de confidencialidad, el nombre de la mencionada entidad no va a ser mencionado en esta tesis. Sin embargo, tal información se encuentra debidamente documentada y registrada ante a los órganos competentes de la Universitat Pompeu Fabra, y puede ser accedida por las partes interesadas mediante solicitud formal. De antemano, pongo de relieve que ninguno de los

Ante a los déficits de la literatura, la observación desde dentro de un *policytaker*<sup>14</sup> ha sido fundamental a la tercera parte de la investigación. Ello porque, a partir de esta vía, he podido visualizar: (i) las peculiaridades de la política de [co]operación preventiva que opera el concepto de PEPs, (ii) la dinámica *ad intra* de inteligencia financiera en relaciones de negocio con PEPs de 14 países, y (iii) las dificultades sectoriales que gravitan en torno de la diligencia *bottom-up* de máxima intensidad que es debida a las PEPs.

Además de ello, tal inmersión me ha permitido participar –a lo largo de este período– de cursos de formación junto a la dirección de entidades financieras, foros y reuniones que –sin lugar a duda– han facilitado la descripción de la dimensión fenoménica del objeto de la investigación.

---

planteamientos defendidos en esta tesis corresponde a la realidad o entendimiento de la entidad.

<sup>14</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*, 2ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 156.

# ÍNDICE

|                       | Pág.  |
|-----------------------|-------|
| Resumen.....          | vii   |
| Prolegómenos.....     | xi    |
| Lista de figuras..... | xvii  |
| Lista de Tablas.....  | xviii |

## PRIMERA PARTE

### LAS PEPs

#### CAPÍTULO I

##### Fundamentos de la condición de PEPs

|  |    |
|--|----|
| 1. Introito.....   | 3  |
| 2. La relevancia de la función y de sus directrices<br>funcionales ..... | 6  |
| 2.1. Los <i>obligatory purposes</i> .....                                | 9  |
| 2.2. La confianza ciudadana.....   | 14 |
| 2.3. La normatividad fiduciaria.....                                     | 16 |
| 3. El ambiente funcional de las PEPs.....                                | 27 |
| 3.1. La configuración organizativa.....                                  | 29 |
| 3.2. ¿Dinámica de poder oculto?.....                                     | 33 |
| 4. Balance.....  | 37 |

## **CAPÍTULO II**

### **Los problemas públicos vinculados a la condición de riesgo de las PEPs**

|  |    |
|--|----|
| 1. Introito.....   | 38 |
| 2. El problema público inmediato (riesgo retrospectivo)..... | 39 |
| 2.1. Dimensión comportamental.....                           | 43 |
| 2.2. Dimensión orgánico-institucional.....                   | 54 |
| 3. El problema público mediato (riesgo prospectivo).....     | 60 |
| 4. Balance.....  | 62 |

## **CAPÍTULO III**

### **Las especies de PEPs**

|  |    |
|--|----|
| 1. Introito.....   | 66 |
| 2. Las PEPs por función.....   | 66 |
| 3. Las PEPs por relación.....  | 69 |
| 3.1. Las PEPs por relación intraorganizacional                           | 71 |
| 3.2 Las PEPs por relación extraorganizacional.                           | 76 |
| 4 Las «Economically Exposed Persons».....                                | 83 |
| 4.1 Justificación para la categorización autónoma.....                   | 87 |
| 4.2 Datos sensibles al “triaje político” de la exposición económica..... | 90 |
| 5. Balance.....  | 97 |

## SEGUNDA PARTE

### La estandarización de las PEPs como un factor de riesgo alto a los bancos

#### CAPÍTULO IV

##### Los bancos en la escena del riesgo prospectivo de las PEPs

|   |     |
|---|-----|
| 1. Introito.....  | 99  |
| 2. ¿Cuál es el significado fenoménico del riesgo<br>prospectivo de las PEPs? .....                          | 100 |
| 3 ¿Por qué los bancos juegan un papel<br>fundamental en ello?.....  | 105 |
| 3.1. La fluidez transfronteriza de los servicios<br>bancarios.....  | 107 |
| 3.2 El <i>Finanzunterwelt</i> y la <i>offshoring financiera</i> .....                                       | 111 |
| 3.3. Los <i>weak points</i> de los servicios de <i>private<br/>banking</i> y <i>wealth management</i> ..... | 116 |
| 4. Balance.....   | 125 |

#### CAPÍTULO V

##### La estandarización global de las PEPs como un factor de *riesgo alto* para los bancos

|                  |     |
|------------------|-----|
| 1. Introito..... | 128 |
|------------------|-----|

|   |     |
|---|-----|
| 2. Punto de partida: el aporte de Suiza en la percepción y respuesta global a la condición de riesgo de las PEPs..... | 129 |
| 2.1 El <i>input</i> fáctico.....  | 130 |
| 2.1.1. La toma de postura.....  | 132 |
| 2.2. La respuesta pública.....  | 134 |
| 3. El traslado al «Comité de Supervisión Bancaria de Basilea».....  | 137 |
| 3.1. El <i>input</i> reputacional.....  | 140 |
| 3.2. La maximización de la respuesta pública.....   | 147 |
| 3.2.1. La estandarización soslayada del núcleo semántico de las PEPs.....   | 148 |
| 3.2.2. La fijación de una diligencia <i>bottom-up</i> de máxima intensidad.....                                       | 153 |
| 3.3. El propósito resolutivo.....   | 158 |
| 4. El tono del «Grupo de Acción Financiera Internacional».....  | 163 |
| 4.1. La reformulación del núcleo semántico de las PEPs y del propósito resolutivo.....                                | 169 |
| 4.1.1. Los tipos de PEPs.....   | 172 |
| 4.1.2. Las extensiones y retracciones.....  | 178 |
| 4.2. La estandarización de la diligencia <i>bottom-up</i> de máxima intensidad.....                                   | 184 |
| 5. Balance.....   | 193 |

## TERCERA PARTE

### La “juridificación” local de las PEPs

#### CAPÍTULO VI

#### La “juridificación” hispano-brasileña de las PEPs

|   |     |
|---|-----|
| 1. Introito.....  | 195 |
| 2. La regulación local .....                                  | 199 |
| 3. Las etiquetas.....   | 200 |
| 4. La semántica y los catálogos de PEPs.....                  | 203 |
| 4.1. Las extensiones y restricciones del campo semántico..... | 222 |
| 5. Balance.....   | 233 |

#### CAPÍTULO VII

#### La “juridificación” de la diligencia *bottom-up* de máxima intensidad

|   |     |
|---|-----|
| 1. Introito.....  | 235 |
| 2. El deber de determinar la condición de «PEP»   | 237 |
| 3. El deber de determinar el origen del «patrimonio» y de los «fondos» de las PEPs..... | 245 |
| 4. El deber de obtener autorización de la «alta   |     |

|   |     |
|---|-----|
| dirección».....   | 251 |
| 4.1. Efecto <i>top-down</i> : la repercusión operativa del «juicio de valoración final» de la «alta dirección»..... | 258 |
| 5. El seguimiento reforzado y permanente de la relación de negocio.....   | 265 |
| 6. Balance.....   | 269 |
| <br>  |     |
| <b>CONCLUSIONES</b> .....   | 271 |
| <br>  |     |
| <b>BIBLIOGRAFIA</b> .....   | 273 |

## Lista de figuras

|  | Pág. |
|--|------|
| Fig. 1. Estructura fundamental de los datos que gravitan en torno del ejercicio de función.....  | 7    |
| Fig. 2. Tendencia de desvío de la finalidad organizacional en el escenario.....                  | 56   |
| Fig. 3. La “doble cara” de la condición de riesgo de las “PEPs».....                             | 62   |
| Fig. 4 Tipología propuesta para las especies de PEPs .....                                       | 83   |
| Fig. 5 Ejemplificación de <i>offshoring</i> financiera.....                                      | 116  |
| Fig. 6 Dinámica de la política de [co]operación bancaria.....                                    | 146  |
| Fig. 7 Diligencia de máxima intensidad para el relacionamiento bancario con las PEPs (BCBS)..... | 158  |
| Fig. 8 Medidas reforzadas de diligencia a las «PEP» (GAFI)....                                   | 192  |
| Fig. 9 Formación del conocimiento de riesgo de alta dirección ( <i>senior management</i> ).....  | 193  |

## Lista de tablas

|   | Pág. |
|---|------|
| Tab. 1. Eslóganes utilizados para expresar el núcleo de los servicios de <i>private bank</i> y <i>wealth management</i> ..... | 121  |
| Tab. 2. Los diez mayores casos de «blanqueo de capitales» protagonizados por PEP hasta el año 2001.....                       | 143  |
| Tab. 3. Grupo estatal de PRPs (España).....   | 206  |
| Tab. 4. Grupo regional de PRPs (España).....  | 211  |
| Tab. 5. Grupo local de PRPs (España).....   | 212  |
| Tab. 6. Grupo híbrido de PRPs (España).....   | 214  |
| Tab. 7. Grupo supranacional de PRPs (España).....   | 216  |
| Tab. 8. Grupo central de PEPs Extranjeras (Brasil).....   | 218  |
| Tab. 9. Grupo central de PEPs (Brasil).....   | 221  |
| Tab. 10. Grupo regional de PEPs (Brasil).....   | 222  |
| Tab. 11. Grupo local de PEPs (Brasil).....  | 223  |
| Tab. 12. Catálogo de PRPs y PEPs por extensión.....   | 230  |
| Tab. 13. Catálogo de <i>allegados</i> y <i>estreito colaborador</i> .....   | 234  |





## **PRIMERA PARTE**

*Las Politically Exposed Persons*

# CAPÍTULO I

## Fundamentos de la condición de PEPs

### 1. Introito

La expresión *Politically Exposed Persons* (en adelante, PEPs) designa la *condición de riesgo* de personas que poseen autoridad para decidir –desde la cúpula de una organización pública– sobre asuntos cruciales al interés general de un entorno sociopolítico específico. *Im enteren Sinne*, ese concepto también alcanza a las personas que tienen la *potencia de influir* sobre quienes toman dicha decisión.

Pese a esa dicotomía, el enfoque de este capítulo está puesto sobre los *public decision-makers*, es decir, los tomadores de decisiones que ejercen o han ejercido una *función pública relevante*.

El fundamento de esa mirada analítica es que, desde un punto de vista fenoménico, el núcleo esencial de la condición de PEP es el *poder decisional*. Al fin y al cabo, ello es lo que causa la mayor intensidad de

las *expectativas ciudadanas* y de los *juicios de aceptabilidad* –o de *reproche*– que gravitan en torno de su actuar<sup>15</sup>.

Ahora bien, la magnitud de los cargos que ellas ocupan no es equivalente a ilimitación discrecional. Se fue el tiempo de la *freie Ermessen* es decir, la libre discreción del actuar funcional<sup>16</sup>. Desde un punto de vista normativo, las PEPs no pueden actuar sino *auf Grund der Gesetze*, o sea: sobre el fundamento de la ley<sup>17</sup>. Eso significa que la extensión que puede tener su autoridad está fijada por las «instituciones», es decir: las «reglas del juego» que la sociedad ha diseñado políticamente para condicionar la interacción y permitir la coexistencia de los ciudadanos<sup>18</sup>.

Por consiguiente, la *legitimidad normativa*<sup>19</sup> de sus decisiones depende de *dos factores*. Uno es el cumplimiento estricto de las normas que están referidas a los *obligatory purposes* de las «organizaciones públicas» en las que ellas actúan, es decir: las unidades constituidas para materializar las «instituciones» que conforman un *estado de libertades* [*Freiheitlichkeit*]<sup>20</sup>. El

---

<sup>15</sup> FARNHAM, Barbara. “Political cognition decision-making”. *Political Psychology*, v. 11, n. 1, 1990, pp. 83-111.

<sup>16</sup> Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, 27ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 474-475.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 477,

<sup>18</sup> Para Douglass North, las «instituciones» estructuran incentivos en el intercambio humano por medio del Derecho o de mecanismos informales (*e.g.* las costumbres, las convenciones y códigos de conducta). Vide: NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, pp. 3-6.

<sup>19</sup> Al respecto, sigo la concepción teórica de Hinsch sobre legitimidad normativa. Cfr. HINSCH, Wilfried. “Justice, legitimacy and constitutional rights”. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, v. 13, n. 1, 2010, pp. 39-54.

<sup>20</sup> PAWLIK. *Ciudadanía y derecho penal*, 2016, pp. 42-43.

otro –según subraya HINSCH<sup>21</sup>– es el *pedigrí fáctico* que explica su autoridad normativa para imponer un coste o atribuir un beneficio a los demás.

*De ello subyacen dos situaciones. La primera* es que la relación entre las «instituciones» y las «organizaciones públicas» –como bien lo dijo SCHVARSTEIN<sup>22</sup>– no es unidireccional, sino de *determinación recíproca*. *La segunda* es que los *outputs organizacionales* que realizan el orden social dependen substancialmente de que las PEPs *decidan* sobre asuntos que están bajo su monopolio funcional: factor que genera el riesgo de que *decisor y organización pública* se confundan.

Tal dato tiene su relevancia, pues –con independencia del carácter *legislativo, ejecutivo o judicial* del cargo ocupado– el actuar de tales personas es el *start* que pone en marcha el núcleo funcional que atiende a las micro relaciones ciudadanas que conforman la dinámica sociopolítica. Así pues, las decisiones de las PEPs impactan de modo substancial la vida ciudadana de un tiempo y espacio determinados, lo que –a la luz de las lecciones de SARTORI<sup>23</sup>– designa que la función que ellas ejercen es de naturaleza eminentemente «política». Y ello, desde luego, es un dato que repercute, no solo en la dinámica de vida “común”, sino también en los «negocios» de personas *que actúan en la política*, y en la «política» de las personas *que actúan en los negocios*.

---

<sup>21</sup> HINSCH, Wilfried. “Justice, legitimacy and constitutional rights”. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, v. 13, n. 1, 2010, pp. 38-39.

<sup>22</sup> SCHVARSTEIN, Leonardo. *Psicología de las organizaciones: nuevos aportes*. Buenos Aires: Paidós, 1991, p. 27-30.

<sup>23</sup> SARTORI, *La política: lógica y método en las ciencias sociales*. D.F, México: Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 15 y ss.

En definitiva, ese “destaque” es lo que expone a los ejercientes de funciones públicas relevantes a la contingencia de que el *sentido*<sup>24</sup> de su actuar decisional sea económicamente capturado por personas y *stakeholders*<sup>25</sup> que deseen garantizar –a cualquier coste– la prevalencia de sus propios intereses. De ahí la necesidad de tomarlo como el núcleo del fenómeno que atribuye a la etiqueta “PEPs” el sentido de *condición de riesgo*.

## **2. La relevancia de la función y sus directrices funcionales**

Según el introito que he acabado de delimitar, la piedra angular del concepto de PEPs es la «función» que ellas ejercen. Pese a la aparente obviedad de esta unidad lingüística, su significación no es unívoca. Por ello, aclararé de inmediato cuál es el sentido que le estoy atribuyendo en la presente investigación.

Pues bien, me refiero a «función» como una *tarea que a alguien le corresponde realizar*, y la diferencio de la expresión «ejercicio de la función», ya que esa última presupone dos informaciones adicionales. La *primera* es la *asunción personal de una responsabilidad*: alguien toma para

---

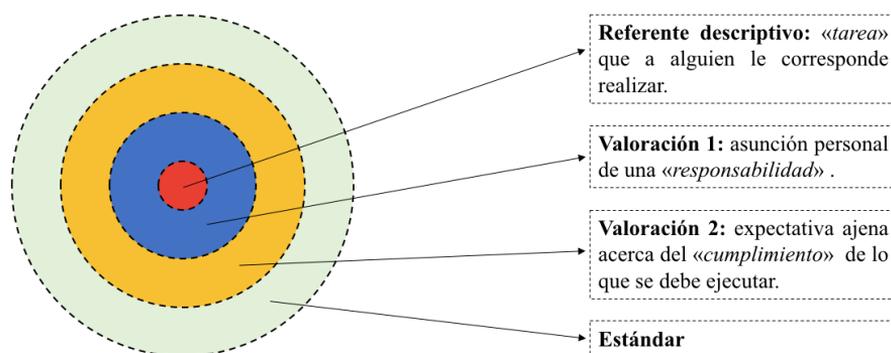
<sup>24</sup> En ese caso, me refiero a «sentido» como *la capacidad de entender, apreciar o juzgar algo*, y lo hago a partir de los parámetros que la Real Academia Española fija para tal unidad lingüística.

<sup>25</sup> En esa investigación utilizo la unidad lingüística *stakeholder* y *pressure groups* (grupo de interés y grupo de presión) para designar la agrupación de personas y/o entidades que organizan y utilizan sus recursos para influenciar la inclusión de sus intereses en el proceso decisorio que conforma o ejecuta las políticas públicas del Estado. Al respecto: IONESCU-SOMERS, Aileen; STEGER, Ulrich. “The Pressure of Stakeholders”. In: *Business Logic for Sustainability*. Palgrave Macmillan, London, 2008, pp. 78-79.

sí el encargo de actuar para realizar una tarea (pre)determinada. Ahora bien, el sentido de esa asunción—aunque personal— está referido a un factor externo: la *dinámica social*<sup>26</sup>.

La simbiosis entre sociedad y persona pone de relieve que el contenido de la responsabilidad de quien ejerce una función pública va de la mano con las expectativas que gravitan en su entorno. Me refiero a *lo que se espera* —a la luz del interés general— que las PEPs hagan ante un hecho específico. De ello proviene la *segunda* información adicional: el «ejercicio de función» también presupone la *vigencia de una «expectativa de cumplimiento»* del encargo que determinada persona ha asumido.

**Figura 1** – Estructura fundamental de los datos que gravitan en torno del «ejercicio de función»



**Fuente:** Creación propia.

La realización —o no— de esa expectativa es el factor determinante del patrón o estándar fáctico que lleva los ciudadanos a “esperar algo” de las personas encargadas de una «función pública relevante». Por ello, la

<sup>26</sup> FIGUEROA RUBIO, Sebastián. “Expectativas y atribución de responsabilidad”, *Rems*, 26, 2015, pp. 93-110.

*confianza* (dato subjetivo y prospectivo) en la realización de lo que se espera de quien «ejerce la función» depende de la *efectiva realización* de la tarea asumida o, a depender de las circunstancias, de la *aptitud para realizarla* (datos objetivos retrospectivos). De lo contrario, la *incertidumbre* acerca de lo que se podrá fomentar a partir de la «función» neutraliza la capacidad ciudadana de *confiar* en el actuar de las PEPs que han asumido la responsabilidad de ejercerla. Y eso, desde luego, es lo que causa la «*expectativa de incumplimiento*»<sup>27</sup>.

En el caso de las PEPs, con todo, la expectación en torno de esa estructura fundamental es más intensa. Eso se debe a *cuatro factores*. De un lado, están los *obligatory purposes* de la función, (ii) la *confianza ciudadana* en el actuar funcional, y (iii) la *normatividad fiduciaria*. En conjunto, tales factores son las «*directrices*» del ejercicio de la función. Del otro, está el «ambiente» en donde la función se ejerce. Veámoslos.

## 2.1 Los *obligatory purposes*

Desde un punto de vista normativo, el actuar funcional de las PEPs está inmediatamente referido a *obligatory purposes*<sup>28</sup>. El fundamento de ello es que las tareas que ellas asumen *deben ser* desarrolladas dentro de «organizaciones públicas» que han sido constituidas para materializar aspectos específicos del orden social necesario para garantizar un *estado de libertades [Freiheitlichkeit]* a los ciudadanos<sup>29</sup>. ¿Cómo? Por medio del

---

<sup>27</sup> FIGUEROA RUBIO, Sebastián. “Expectativas y atribución de responsabilidad”, *Revus*, 26, 2015, pp. 93-110

<sup>28</sup> NEWHOUSE, Marie. “Institutional corruption: a fiduciary theory”. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, v. 23, n. 3, 2014, pp. 559 y ss.

<sup>29</sup> PAWLIK. *Ciudadanía y derecho penal*, 2016, pp. 42-43.

fomento de los *public purposes* establecidos en el «programa normativo-constitucional» del Estado Democrático de Derecho<sup>30</sup>.

Es justamente la magnitud de los *public purposes* perseguidos por las «organizaciones públicas» los datos que determinan que la función ejercida por las PEPs sea calificada no solamente como «pública» —ya que ellas son desarrolladas en la estructura formal del Estado—, sino también como «política»<sup>31</sup>, en los términos del análisis que he puesto de manifiesto en el apartado anterior. Dicha calificación se debe a *dos factores*.

*Primero*: con independencia del carácter *legislativo, ejecutivo o judicial* del cargo ocupado, el actuar de las PEPs pone en marcha las *tareas básicas (Kernaufgaben)* para de la dinámica sociopolítica. Así pues, sus decisiones impactan —en un determinado espacio y tiempo— los servicios básicos de interés general (*Daseinsvorsorge*)<sup>32</sup> que conforman un *estado de libertades [Freiheitlichkeit]*<sup>33</sup>.

*Segundo*: el origen de la «función relevante» atribuida a las PEPs es una decisión política de ciudadanos que han incluido en un determinado «programa normativo-constitucional» el catálogo de *public purposes* del

---

<sup>30</sup> La expresión «*programa normativo-constitucional*» proviene de la Teoría de la Constitución Dirigente, desarrollada por el constitucionalista portugués J.J. Gomes Canotilho. Para él, las relaciones del Estado de Derecho se desarrollan bajo *normas programáticas*, es decir: programas normativos que vinculan el actuar de los ejercientes de funciones públicas. En efecto, eso acaba por “dirigir” las decisiones públicas, proyectándolas hacia el futuro normativamente delimitado en la Constitución. Vide: GOMES CANOTILHO, Joaquim. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 86 y ss.

<sup>31</sup> SARTORI. *La política: lógica y método en las ciencias sociales*. D.F, México: Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 15 y ss.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> PAWLIK. *Ciudadanía y derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 42-43.

Estado constituido. Ese programa, a su vez, determina los *obligatory purposes* que *deben ser* perseguidos por la «organización pública» que las PEPs dirigen<sup>34</sup>. Así pues, cuando una «PEP» ejerce su función, las respuestas a las preguntas «¿qué debo hacer?» y «¿quién debo ser?» —que según PAWLIK<sup>35</sup> componen la dimensión personal del actuar— ya tienen sus sentidos (pre)configurados<sup>36</sup>. Toda «organización pública» existe para realizar un *public purpose* consagrado en tal «programa normativo». Así pues, el *public purpose* que fundamenta la constitución de una organización se convierte en el *obligatory purpose* que dirige y vincula (i) su dinámica organizacional y (ii) el actuar funcional de las PEPs que ocupan un cargo en ella, siendo ello el único motivo para el cual el uso de «autoridad» está justificado<sup>37</sup>.

Por tanto, “lo que se espera” de una «PEP» es que su actuar funcional no se desvíe de los propósitos programáticos que —desde un punto de vista constitucional— son públicos, y —desde un punto de vista funcional— son obligatorios.

---

<sup>34</sup> NEWHOUSE, Marie. “Institutional corruption: a fiduciary theory”. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, v. 23, n. 3, Article 2, 2014, pp. 559 y ss.

<sup>35</sup> PAWLIK. *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimidad de la pena estatal*, Barcelona: Atelier, 2019, p. 3.

<sup>36</sup> GOMES CANOTILHO, Joaquim. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 86 y ss.

<sup>37</sup> NEWHOUSE, Marie. “Institutional corruption: a fiduciary theory”. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, v. 23, n. 3, 2014, pp. 559 y ss.

## **Palabras sobre palabras: la «democracia» como hábitat funcional de las PEPs**

Al bosquejo acabado de presentar subyace el convencimiento de que, independientemente de cual sea la «organización pública» del Estado, la “lógica funcional” de las PEPs no tiene sentido fuera de los programas normativos «democracias» calificadas como constitucionales<sup>38</sup>. Me refiero específicamente al planteamiento de LOEWENSTEIN<sup>39</sup>, quien ha utilizado ese rótulo para identificar las democracias que se fundan sobre una «Constitución» que organiza y limita el «poder político» del Estado por medio del fomento de seis acciones: (i) la participación ciudadana; (ii) la adopción de un programa normativo de derechos fundamentales; (iii) la garantía del pluralismo político; (iv) la toma de decisiones transcendentales bajo el criterio mayoritario; (v) la separación orgánica de las funciones públicas; y (vi) la representación política.

Esa relación se debe a que la legitimidad funcional de la autoridad de las “PEPs» va más allá de su investidura formal. Además de esa exigencia, hace falta la observancia de otros paradigmas. En especial, aquellos que han sido fijados por una decisión proveniente del actuar (libre) de personas que, además de ocupar iguales posiciones de ciudadanía<sup>40</sup>, pueden controlar la conformidad entre la ejecución de esas «tareas» y el contenido del «programa normativo-constitucional». Luego, la “calificación democrática” del Estado de Derecho trasciende la forma, y alcanza el contenido de las decisiones políticas<sup>41</sup>. Por ello, no tiene sentido discutir la condición de riesgo de las “PEPs» fuera del escenario de la democracia constitucional, pues solamente una hipótesis va a ser legítima la fijación –en la Constitución– del programa de derechos fundamentales y instrumentos de control que conformarán los

---

<sup>38</sup> Fuera de los contextos democráticos, no hay control de legitimidad funcional, sino el encargo autoritario de tareas que son ejecutadas bajo la intimidación de cargo jerárquicamente superior. Por ello, me remito, específicamente, a los Estados que garantizan a sus ciudadanos –por medio de reglas, instituciones y principios prestables en una Constitución– la libertad necesaria a la autodeterminación y actuación libre.

<sup>39</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1986, pp. 41 y ss.

<sup>40</sup> En esa línea, Robert Dahl afirma que la democracia requiere una “ciudadanía inclusiva”. DAHL, Robert. *La democracia: una guía para los ciudadanos*. Madrid: Taurus, 1999, pp. 45 y ss.

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi. Sobre la definición de ‘democracia’: “Una discusión con Michelangelo Bovero”. *Isonomía*, 2003, n.19. pp. 2 y ss.

límites a la autoridad de quienes forman parte de poder público-organizacional<sup>42</sup>. Pese a ello, la tradicional –y quizás dominante– visión de la literatura política es que la «democracia» es un método, es decir: una vía por la cual se permite la formación de las «decisiones» que, mayoritariamente, conforman los *public purposes* de una determinada sociedad. En ese sentido, e.g. DOWNS<sup>43</sup> plantea que una sociedad es «democrática» cuando: (i) un partido político –único o en coalición– es elegido por la mayoría de los ciudadanos para gobernar los intereses de su entorno social; (ii) el proceso electoral que concretó tal elección se realice con periodicidad; (iii) la plenitud del derecho de voto haya sido franqueada apenas a los ciudadanos que actúan de conformidad con las normas y reglas del «programa normativo-constitucional» de esa sociedad; (iv) cada elector haya podido votar una única vez en cada elección; (v) el partido o la coalición que haya recibido el voto de la mayoría de los electores tenga el derecho de “acceder al gobierno” hasta la próxima elección; y (vi) los partidos que perdieron las elecciones no hayan impedido –por medio de la fuerza o cualquier otra vía ilegal– que el vencedor ejerza el «poder» que se le ha confiado.

Como se nota, ese enfoque se basa únicamente en las formas y en los procedimientos en torno de la toma de decisión ciudadana. Luego, su contenido se limita a correlacionar el «quién» (los ciudadanos o sus representantes) y el «cómo» (la regla de la mayoría) de las decisiones políticas<sup>44</sup>. Bajo esa óptica, por tanto, el aspecto material (cumplimiento de los *public purposes*) no jugaría ningún papel en la conceptualización y calificación de la «democracia». Por ese motivo, FERRAJOLI<sup>45</sup> plantea –a partir de dos aporías– la necesaria integración de «aspectos sustanciales» en ese concepto. La primera aporía consiste en que la legitimidad de las decisiones ciudadanas no se deriva apenas del criterio “mayoritario”. En realidad, ese dato está condicionado a un *plus*, cual sea: la estricta observancia de las normas constitucionales que –por contemplar los derechos fundamentales y el principio de igualdad– se convierten en el límite de los

---

<sup>42</sup> BELLAMY, Richard. “Political constitutionalism and the Human Rights Act”. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 1, 2011, pp. 89-94.

<sup>43</sup> DOWNS, Anthony. *An Economic theory of democracy*. New York: Harper Collins, 1957, pp. 25 y ss.

<sup>44</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Sobre la definición de ‘democracia’: Una discusión con Michelangelo Bovero”. *Isonomía*, 2003, n.19. pp. 4 y ss.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

poderes de quienes han asumido la responsabilidad de realizar un *public purpose* (como es el caso de las “PEPs”)<sup>46</sup>. La segunda aporía se refiere a las garantías para la “supervivencia” de la propia «democracia». Eso se debe a que la falta de criterios sustanciales para legitimar las decisiones ciudadanas conlleva el riesgo de que –bajo el “ropaje democrático”– se concrete la supresión de «instituciones» que son “pilares” de la «democracia», como, por ejemplo, los derechos y garantías fundamentales, la separación e independencia de los poderes, y la participación política<sup>47</sup>.

De ser así, la «democracia» depende de la combinación entre las formas (pre)establecidas y el contenido de las «decisiones públicas» de personas que –desde determinadas «organizaciones públicas» del Estado– tienen la «función» de realizar las «instituciones» que constan del programa del Estado. Por eso, las «expectativas» y los «estándares» que gravitan en torno del actuar de las “PEPs” tienen vinculación directa con el contenido de los «programas normativo-constitucionales» que conforman los *public purposes* de determinado Estado, y los *obligatory purposes* que las “PEPs deben perseguir. Dicho con otras palabras: la «autoridad» de tales personas está democrática y constitucionalmente limitada por «aquello que a cualquier mayoría le está por un lado prohibido y, por el otro, le es obligatorio decidir»<sup>48</sup>, cosa que, sin dudas, no pasa en los Estados autoritarios.

## 2.2 La confianza ciudadana

Otra directriz propia de la función ejercida por las “PEPs es la «confianza ciudadana» que gravita en torno de su actuar funcional. Al

---

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> En las palabras de Ferrajoli, “[...] para que un sistema sea democrático, se requiere, al menos, que a la mayoría le sea quitado el poder de suprimir el poder de la mayoría. Pero este es un rasgo sustancial, que tiene que ver con el contenido de las decisiones, y que, por lo tanto, contradice la tesis según la cual la democracia consistiría únicamente en un método, o sea, en las reglas procedimentales que aseguran, a través de sufragio universal, y del principio de la mayoría, la representatividad ciudadana de las decisiones mismas”. Cfr. FERRAJOLI, Luigi. “Sobre la definición de ‘democracia’: Una discusión con Michelangelo Bovero”. *Isonomía*, 2003, n.19, pp. 5 y ss.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

respecto, UNDERKUFFLER<sup>49</sup> subraya que lo peculiar de una función de naturaleza política es la «confianza» establecida entre los ciudadanos y la persona que la ejerce. En términos fácticos, la percepción y expectativa referidas a ese actuar son tan intensas que tal relación se convierte un dato “especialmente crucial” a la dinámica social<sup>50</sup>.

El fundamento de esa afirmación es razonable: al aceptar una «posición de confianza», las “PEPs transmiten a los demás ciudadanos el mensaje de que ellos pueden «confiar» en ellas. Fijémonos, *e.g.*, en la lógica de las *investiduras*, principalmente en aquellas que involucran «parlamentarios», «presidentes», «ministros», «altos cargos del gobierno», «magistrados», «fiscales superiores» y todos los demás cargos públicos de alta jerarquía<sup>51</sup>.

En términos comunicativos, como bien expone KIM<sup>52</sup>, hay dos «compromisos» por detrás de esa solemnidad. *El primero es explícito*: la persona investida promete –bajo juramento– que realizará (i) los *public purposes* consagrados en el programa normativo de la Constitución<sup>53</sup>, los *obligatory purposes* inherentes a su «función», y (iii) que no defraudará las expectativas ciudadanas inherentes al rol que desempeña<sup>54</sup>. *El segundo compromiso, a su vez, es implícito*: la persona que ha sido investida

---

<sup>49</sup> UNDERKUFFLER, Laura. *Captured by evil: the idea of corruption in law*. Yale: Yale University Press, 2013, pp. 21 y ss.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> KIM, Sung Hui. “Fiduciary Law and Corruption”, *UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper* n.º. 18-01, 2018, p. 14.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> En ese sentido, Díez-Picazo afirma que el *Estado Democrático de Derecho* no es sino la manifestación más compleja y evolucionada de los ideales del constitucionalismo, siendo natural, por ello, que ese modelo de Estado esté fundado en la tensión entre dos grandes principios: de un lado, la investidura de los gobernantes por los gobernados, del otro, la sujeción de los gobernantes a la legalidad. Crf. DÍEZ-PICAZO, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 2000, p. 20.

acepta que, pese a la «discrecionalidad» propia del «poder-deber» que se le ha confiado, ella *actuará de manera desinteresada*, es decir, sin dejar influenciarse por pretensiones –propias o de terceros– que van en contra del interés general (*öffentliches Interesse*)<sup>55</sup>.

Así pues, el «*juramento de investidura*» –cuya realización es obligatoria a todas las PEPs– envía hacia los ciudadanos el *mensaje* de que la persona investida se ha comprometido públicamente no sólo a asumir la tarea de realizar los *public purposes* que competen a su organización, sino también a sujetarse a las directrices de conducta que constan del «programa normativo-constitucional» del Estado y de los *obligatory purposes* relativos a su cargo. De ahí que, comunicativamente, la «confianza» que los ciudadanos depositan en las PEPs incrementa todas las «expectativas de cumplimiento» en torno de su actuar funcional.

### 2.3 La normatividad fiduciaria

Ahora bien, si el *lazó político-jurídico* entre las PEPs y los ciudadanos es la «confianza», surge una cuestión. ¿Esa relación implica una «normatividad fiduciaria»? La respuesta –que a mi juicio es afirmativa– pasa por otra pregunta: ¿qué significa afirmar que las PEPs están sujetas a una «obligación fiduciaria»?

---

<sup>55</sup> Al respecto, fundamental: KRAWIETZ, Werner. “Unbestimmter rechtsbegriff, öffentliches Interesse und gesetzliche gemeinwohlklauseln als juristisches entscheidungsproblem”. *Der Staat*, v. 11, n. 3, 1972, pp. 350-366.

El término «fiduciario» proviene del latín *fiduciarius*<sup>56</sup>, y su núcleo de sentido está referido a «*fiducia*» y «*fides*», designando que algo depende de la *confianza* y de *lealtad*<sup>57</sup>. La literatura<sup>58</sup> utiliza esa etiqueta para identificar el grupo de relaciones en que una de las partes —el «*fiduciario*»— se encuentra en una posición de confianza (*position of trust*) con respecto a otra (*el principal*), y cuyo sentido es unidireccional, es decir: el fin de sus *outputs* e *inputs* está (pre)determinado por el interés del *principal* (*que confía en el fiduciario*).

En cuanto a ello, CLARK<sup>59</sup> pone de relieve que el “estatus” fiduciario es inherente a la persona: (i) a quien se le «confía» la «responsabilidad» de desempeñar una «función», (ii) que se ha «comprometido» a actuar en favor de ese interés de otra, y (iii) que recibe no solamente un «deber», sino también un «poder» basado en la «confianza».

Esa trípole se refleja integralmente en las PEPs. En regla, la *causa de investidura en el cargo público* sucede por dos vías alternativas: (i) *la directa* (por medio de voto popular) o *la indirecta* (por medio de nombramiento político o técnico). Aunque los puntos de partida de una y otra sean distintos, ambas conducen a la misma consecuencia: (i) tales personas no solo se comprometen a actuar en favor del interés

---

<sup>56</sup> WEEKLEY, Ernest. *An etymological dictionary of modern english*. New York: Dover Publications, 1967, p. 562.

<sup>57</sup> Al respecto del germen de las relaciones fiduciarias en el Derecho romano (*e.g. fiducia, fiducia cum amico, fiducia creditore, fideicommissum*) en la *Ius Commune* medieval (*e.g. fideicommissum confidentiale* y *haeres fiduciarius*), y en la tradición anglosajona el *trust law*, cfr. GVEKESIANI, Irina. “From the history of the development of “trust” and terminological units”. *Public Service Law*, n. 2, 2013, pp. 157-159.

<sup>58</sup> cfr. FLANNIGAN, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 9, n. 3, 1989, pp. 286-387; DEMOTT, Deborah. “Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation”, n. 37 *Duke Law Journal*, pp. 882-883.

<sup>59</sup> CLARK, Kathleen. “Do We Have Enough Ethics in Government Yet? An Answer from Fiduciary Theory”. *University in St. Louis Legal Studies Research Paper* n. 12, 1996, pp. 69 -70.

general administrado por las organizaciones públicas en las que van a actuar, como también (ii) asumen –por vía de investidura– la responsabilidad por determinadas funciones, y, en consecuencia, (iii) reciben la *confianza* necesaria para ejercerlas con autonomía, autoridad y legitimidad<sup>60</sup>. Así que, sin lugar a duda, la relación entre las PEPs y los ciudadanos se subsume a una *normatividad fiduciaria*.

Dicho eso, procedo a contestar la cuestión inicial de este apartado: *¿qué significa afirmar que las PEPs están sujetas a una «obligación fiduciaria»?* Pues bien, partiendo de la premisa de que tales personas actúan en favor del *interés general (öffentliches Interesse)*<sup>61</sup>, subyace el convencimiento de que estar fiduciariamente obligado implica –*im weiteren Sinne*– un «deber altruista».

Esa afirmación subyace de los aportes de KENNEDY<sup>62</sup>, y significa que quienes ejercen la *función confiada* deben permitir que sus decisiones sean determinadas por la prevalencia aguda de los *propios intereses* sobre los *intereses y las expectativas de los demás ciudadanos*. El fundamento de ello es que el sentido normativo de la autoridad funcional de quien recibe la confianza está en la mejoría o fomento del interés ajeno (individual y colectivo) del destinatario del servicio público prestado por determinada «organización pública». Y ese interés ajeno, por cierto,

---

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> Al respecto, cfr. KRAWIETZ, Werner. “Unbestimmter rechtsbegriff, öffentliches interesse und gesetzliche gemeinwohlklauseln als juristisches entscheidungsproblem”. *Der Staat*, v. 11, n. 3, 1972, pp. 350-366.

<sup>62</sup> KENNEDY, Duncan. *Form and substance in private law*. *Hard Law Review*, v. 89, 1976, p. 1717.

debe estar conforme a los *public purposes* consagrados en el programa normativo-constitucional<sup>63</sup>.

Tanto es así que, para acceder a determinada «organización pública» (*legislativa, ejecutiva o judicial*), las PEPs deben declarar su alineamiento – por vía de investidura– a un *obligatory purpose* nuclear: el compromiso con la materialización de los *public purposes* que conforman el orden social. Ese es *pedigrí factico* que explica –y legitima– la autoridad normativa de sus decisiones<sup>64</sup>.

Así pues, el *componente altruista* les obliga a configurar sus decisiones a partir de los *obligatory purposes* inherentes a su posición fiduciaria, ya que esas directrices son (en conjunto) el timón de su actuar. Ello es fundamental a las PEPs, pues –desde una perspectiva administrativista<sup>65</sup>– sus decisiones no son más que el *ejercicio de una potestad*, y como tal, no deben ser tomadas a partir de sus subjetivismos, sino en función del «presupuesto de hecho» y del «*fin*» tipificados de modo objetivo en las normas que conforman los *obligatory purposes* de su actuar.

Ahora bien, pese a que esa *aproximación altruista* ofrezca una primera dirección al actuar de las PEPs, ella no tiene la capacidad de conformar –*per se*– un núcleo normativo suficientemente fuerte para el

---

<sup>63</sup> En ese sentido, cfr. DEMOTT, Deborah. “Fiduciary obligation under intellectual siege: contemporary challenges to the duty to be loyal”. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 30, n. 2, 1992, p. 477-478; VAN LANGE, Paul. “Beyond Self-interest: A Set of Propositions Relevant to Interpersonal Orientations”. *European Review of Social Psychology*, v. 11, 2000, pp. 298 y ss.

<sup>64</sup> HINSCH, Wilfried. “Justice, legitimacy and constitutional rights”. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, v. 13, n. 1, 2010, pp. 38-39.

<sup>65</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, 27ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 591-592.

actuar fiduciario. Es decir: bajo esa directriz, la densidad normativa en torno del actuar del fiduciario sigue siendo débil.

Ese es un dato sensible pues, en regla, la *función pública confiada* confiere a las PEPs un «poder fáctico» que reverbera dentro y fuera de su ambiente funcional. La autoridad inherente a los cargos que ellas ocupan les permite «hablar», «discutir», «negociar» y «decidir» en nombre de los ciudadanos. En algunas circunstancias, ellas están autorizadas –incluso– a determinar el rumbo de las instituciones sin el previo aval de ellos, ya que *el ejercicio de la función* no siempre está sujeto a un control capaz de averiguar *ex ante* la conformidad entre lo que se va a decidir y los *obligatory purposes*<sup>66</sup>.

Eso pasa por el hecho de que *ex vi* del “*privilegio*” de la *autotutela*<sup>67</sup> de las «organizaciones públicas», las decisiones de las PEPs poseen *eficacia inmediata* (por la *presunción iuris tantum de validez*) y así, la obligatoriedad de su cumplimiento también es instantánea. Siendo esto así, subyacen dos situaciones problemáticas.

*Primera:* los ejercientes de funciones públicas relevantes actúan con amplia libertad (discrecionalidad)<sup>68</sup>, y eso –sin lugar a duda– incrementa el destaque de su poder para decidir sobre las expectativas y demandas públicas (individuales o colectivas) sensibles al interés legal de los ciudadanos (*rechtlicher Interessen*) y a la noción de bien

---

<sup>66</sup> LABY, Arthur. “The Fiduciary Obligation as the Adoption of Ends”. *Buffalo Law Review*, v. 56, n. 1, 2008, pp. 132-133.

<sup>67</sup> Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, 27ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 619-621.

<sup>68</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”. *Revista de Administración Pública*, n. 38, 1962, pp. 159-208.

común (*Gemeinwohl*) subyacentes del programa normativo-constitucional<sup>69</sup>.

*Segunda:* ese mayor destaque incrementa el riesgo de que las PEPs – como fiduciarias– utilicen la posición que se les ha confiado para beneficiarse a sí mismas, lo que presupone no solo la vulneración de determinados *purposes* (públicos y obligatorios), sino también la quiebra del lazo de «confianza» y la defraudación de las «expectativas de cumplimiento» ciudadanas.

Por estos motivos, subyace que –mas allá de la *dimensión altruista*– las PEPs deben estar fiduciariamente obligadas, *im enteren Sinne*, a una *normatividad de densidad fuerte*<sup>70</sup>. Por ello, lo que planteo<sup>71</sup> es que desde el acto de *investidura legítima* (nombramiento legal, toma de posesión, situación de actividad o ejercicio, y, en su caso, la suplencia legal)<sup>72</sup> ellas están sujetas no apenas a *obligatory purposes* “heterorregulados”, sino también a una *normatividad profiláctica*, es decir: a normas de conducta que les prohíben u obligan a comportarse de una

---

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> En esa línea, pero con premisas (y consecuencias) distintas, cfr. CLARK, Kathleen. “Do We Have Enough Ethics in Government Yet? An Answer from Fiduciary Theory”. *Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper* n.º. 12, 2006, p. 72.

<sup>71</sup> En particular, lo que propongo tiene como fundamento algunos de los *inputs* ofrecidos por Hui Kim y Robert Flannigan, sin embargo, con una relectura que en gran parte ha sido impulsada por el trabajo de Kathleen Clark. En especial, los trabajos de referencia son: KIM, Sung Hui. “Fiduciary Law and Corruption”, *UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper* n.º. 18-01, 2018, FLANNIGAN, Robert. Flannigan, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, 1989; CLARK, Kathleen. “Do We Have Enough Ethics in Government Yet? An Answer from Fiduciary Theory”. *Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper* n.º. 12, 2006.

<sup>72</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, 27ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 590.

determinada manera en situaciones que involucren (o puedan involucrar) el ejercicio de su autoridad.

En particular, tal normatividad está conformada por *dos especies de normas*<sup>73</sup>, y ambas tienen el fin de proteger los *public purposes* –por anticipación– del riesgo de vulneración causada por la discrepancia entre el actuar de las PEPs y los «obligatory purposes» inherentes a su cargo.

La *primera especie* corresponde a las «*no-conflict rules*», y está formado por cuatro componentes normativo que, según FLANNIGAN<sup>74</sup>, *neutralizan el oportunismo del fiduciario* en acuerdos, situaciones o negocios de acceso limitado al él y un tercero que está interesado en su *decisum fiduciario*<sup>75</sup>. El *primero contenido normativo* está referido al «*conflicto*», y prohíbe la “autopuesta” del «fiduciario» en posición que conflictúa (aunque potencialmente) con la *ratio* y con las expectativas que gravitan en torno de la posición confiada.

El *segundo componente normativo* está referido a la «*influencia*», y prohíbe el «fiduciario» de exponerse –sin previa autorización o justificación funcional– a estímulos morales o económicos que puedan influenciarlo (directa o indirectamente) a desviarse de los «obligatory purposes» que (pre)determinan el sentido y la dirección de su actuar. Con ello, *e.g.*, las PEPs no deben abrirse a *inputs* que conllevan el riesgo

---

<sup>73</sup> En cuanto a ello, adopto la etiqueta *en boga* en la jurisprudencia y literatura estadounidense: *no conflict rules* y *no profit rules*. Al respecto, cfr. KIM, Sung Hui. “Fiduciary Law and Corruption”, *UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper* n.º. 18-01, 2018, pp. 18-25.

<sup>74</sup> FLANNIGAN, Robert. Flannigan, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, 1989, pp. 285-322.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

de creación de *micro canales de confianza* entre ellas y los terceros que pueden estimularlas a una *desviación de los parámetros funcionales de posición confiada*.

El *tercero componente normativo* está referido a la «*parcialidad*», y obliga el fiduciario a tomar partido de los intereses y propósitos que justifican la posición confiada. Dicho con otras palabras, las PEPs están prohibidas de comportarse de modo “neutral” en el cumplimiento de su función, ya que ellas están obligadas a tomar partido de los *obligatory purposes* que (pre)determinan su actuar.<sup>76</sup> En esa situación, la persona que ejerce la función pública no actúa como un ciudadano común, sino como un fiduciario, es decir: un ciudadano calificado por un estatus de confianza.

Así, excepto en situaciones de ilegalidad o de autorización organizacional, nada puede justificar que las PEPs –en el cumplimiento de su obligación– sean neutras o, por lo contrario, que tomen partido de intereses ajenos a los *purposes* a que están obligada. Y eso cuenta, principalmente, para las circunstancias complejas o dudosas, ya que, ellas deben realizar comparaciones y elecciones que les permita posicionarse como “partidarias” de lo que le obliga. En otras palabras, el cumplimiento de la «obligación fiduciaria» depende de la contrastación consciente y racional de las circunstancias fácticas con las «decisiones» y consecuencias proyectadas por el «fiduciario».

Por fin, el *cuarto componente normativo* corresponde a la «*evitación*», y prohíbe que el «fiduciario» delegue la tarea que se le ha confiado. El

---

<sup>76</sup> FLANNIGAN, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, 1989, pp. 311-312.

fundamento de esa prohibición es intuitivo: en regla, la ocupación de una «posición fiduciaria» resulta de una elección determinada por el reconocimiento de los «atributos personales» de alguien (incluyendo las competencias técnicas, intelectivas, o mismo inclinaciones políticas). Es decir: hace falta estar convencido –y confiado– de la aptitud o idoneidad de determinada persona para «hacer algo», y eso es lo que le genera una «especial expectativa» en torno del actuar de quien ha sido elegido como «fiduciario». De ese modo, si las PEPs pudieran –por su propia iniciativa– delegar sus deberes a un «tercero», la función pasaría a ser ejercida bajo estándares desconectados de esa «confianza», y así, se perdería el núcleo que la distingue (principalmente en lo que se refiere a la liturgia comunicativa que está por detrás de la investidura). De ahí la racionalidad de sujetarlas a la evitación de dicha situación<sup>77</sup>.

La *segunda especie*, a su vez, corresponde a las *no-profit rules*, y prohíbe la utilización de la posición confiada como vía de *canalización de lucros*. El traslado de ello al campo de las PEPs significa que la asunción personal de la responsabilidad pública –*aunque remunerada*– no comprende la posibilidad de que la obtención de ganancia o provecho económico-patrimonial se convierta en la *causa finalis* de la «ejercicio de la función».

El fundamento de ello es que, en tal situación, habrá la contingencia de que el sentido y el alcance del actuar decisional de las PEPs sean determinados por la pretensión de *enriquecimiento*, y no por los *obligatory purposes* que deben dirigir su actuar. Y ello, desde una perspectiva

---

<sup>77</sup> FLANNIGAN, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, 1989, p. 312.

*macro*, designa dos situaciones. De un lado, la defraudación de las expectativas que han fundamentado la investidura de alguien en la función pública relevante. Del otro, un daño a los *public purposes* conformadores del programa normativo-constitucional que dirige el proceso de materialización de un *estado de libertades* [*Freiheitlichkeit*]<sup>78</sup>.

Esa prohibición no es novedosa. Por el contrario: la literatura pone de relieve la influencia del Derecho romano<sup>79</sup>. El germen de esa discusión ya estaba presente en el *Digesto*, de Justiniano (año 533 d.c)<sup>80</sup>, principalmente en los comentarios de (i) Pomponio (*iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem* o, “es justo por derecho natural que nadie se haga más rico con detrimento e injuria de otro”<sup>81</sup>; «*bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum* o, “no conviene a la equidad que alguien se lucre en perjuicio de otro, o que por lucro ajeno experimente daño”<sup>82</sup>, y (ii) de Gayo (*non debet lucrum ex alieno damno* o, “nadie debe lucrarse con el daño ajeno”<sup>83</sup>).

---

<sup>78</sup> PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal*, 2016, pp. 42-43.

<sup>79</sup> En ese sentido: DÍEZ-PICAZO, Luis. “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, en: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madrid: Civitas, 1988, pp. 84-85. GUTTERIDGE, et al., “The doctrine of unjustified enrichment”. *The Cambridge Law Journal* v. 5, n. 2, 1934, p. 205; DÍAZ BIALET, Agustín. “El enriquecimiento sin causa en el Derecho romano y la institución en el Derecho moderno”, *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año 29, n. 1-4, 1942. pp. 186 y ss.

<sup>80</sup> MORAES, Bernardo Queiroz. *Manual de introdução ao Digesto*. São Paulo: YK, 2017, pp.

<sup>81</sup> *Cfr. Digesto* (50, 17, 206). Al respecto de Pomponio, *cfr. MORAES, Bernardo Queiroz. Manual de introdução ao Digesto*. São Paulo: YK, 2017, p. 209.

<sup>82</sup> *Cfr. Digesto* (23, 3, 6, 2);

<sup>83</sup> *Cfr. Digesto* (4, 3, 28). Al respecto de Gayo, *cfr. MORAES, Bernardo Queiroz. Manual de introdução ao Digesto*. São Paulo: YK, 2017, p. 177.

En la discusión moderna, DÍEZ-PICAZO<sup>84</sup> subraya que la mirada hacia el problema de la *ilegitimidad del enriquecimiento* también estuvo presente en la *escuela moderna del Derecho natural*, siendo ese el *input* de las principales aportaciones de SAVIGNY y WINDSCHEID en Alemania<sup>85</sup>. Pasó lo mismo en el campo de la *common law*, con la *Doctrine of Unjustified Enrichment*<sup>86</sup>.

En el caso de las PEPs, la absorción de ese aspecto prohibitivo sigue la misma lógica: en los supuestos de desviación, la causa del lucro funcional de quien ocupa la posición fiduciaria no es nada más que un *daño* al Estado y a los ciudadanos que confían y esperaban algo distinto de ella<sup>87</sup>.

Por tanto, subyace que –mas allá de la *dimensión altruista*– el actuar decisonal de las PEPs está sujeto a una *normatividad de densidad fuerte de tres dimensiones*. La *primera* es formada por los *obligatory purposes* determinados por el «programa normativo-constitucional» (*limite*

---

<sup>84</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, en: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madrid: Civitas, 1988, pp. 84-85.

<sup>85</sup> En ese sentido, la literatura subraya que esa ha sido la fuente que influenció al legislador del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemán) y la jurisprudencia. Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis. “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, en: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madrid: Civitas, 1988, pp. 84-85. Lo mismo pasó con las discusiones al respecto de la *Eingriffskondiktion*. Al respecto, cfr. BASOZABAL ARRUE, Xavier. “Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado”. *InDret*, n 4, 2018, p. 29.

<sup>86</sup> Al respecto, GUTTERIDGE, et al., “The doctrine of unjustified enrichment”. *The Cambridge Law Journal* v. 5, n. 2, 1934, pp. 204-229.

<sup>87</sup> En cuanto a ello, KIM afirman existir un desacuerdo sobre si estas reglas son dos reglas independientes. En su opinión, la *no-profit rule* está subsumida en las *no conflict rules*. Cfr. KIM, Sung Hui. “Fiduciary Law and Corruption”, *UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper* n.º. 18-01, 2018, p. 18.

*objetivo mediato del actuar decisonal*)<sup>88</sup>. La segunda corresponde a la normativa que traslada los *public purposes* a las «organizaciones públicas» en que ellas actúan (*limite objetivo inmediato del actuar decisonal*). La tercera, por fin, comprende las «normas profilácticas» (*no-conflict* y *no-profit*) que subyacen de la *normatividad fiduciaria* (limite subjetivo del actuar fiduciario).

### 3. El ambiente funcional de las PEPs

En el poema “El sueño”, de BORGES<sup>89</sup>, el narrador pone el acento de su narrativa en el protagonismo de su “yo”, y a partir de ello, presenta a los lectores un viaje hacia un mundo cuya existencia se deriva únicamente de sus *autoritarias representaciones*. En esa escena, la ilimitación fáctica y normativa del actuar son tan ciertas, que el narrador afirma su potencia y poder de ir –sin cualquier restricción– “*más lejos que los bogavantes de Ulises a la región del sueño inaccesible a la memoria humana*”. Y subraya: “*seré todos o nadie. Seré el otro que sin saberlo soy*”.

Según la literatura<sup>90</sup>, esa narrativa de BORGES se basa en uno de los elementos del sistema filosófico propuesto por BERKELEY<sup>91</sup>: el *subjetivismo radical* o *solipsismo (de vertiente idealista)*. Bajo esa visión, el

---

<sup>88</sup> GOMES CANOTILHO, Joaquim. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 86 y ss.

<sup>89</sup> BORGES, Jorge Luis. *Obra completa*, v. II. Barcelona: Eméce, 1996 p. 146.

<sup>90</sup> KAZMIERCZAK, Marcin. “El concepto de solipsismo en la escritura posmoderna de Borges”. *Itinerarios*, v. 5, pp. 107-108.

<sup>91</sup> BERKELEY, George. *A treatise concerning the principles of human knowledge*. David R. Wilkins Editor: Dublin, 2002, 57p.

actuar personal está limitado solamente por lo que existe (el entorno), pero hay un *plus*: «solo existe lo que está percibido por la mente del sujeto de la observación»<sup>92</sup>. Fuera de ello, todo está sujeto a dudas, y ello incluye el entorno de las «instituciones» que limitan normativamente el actuar personal.

Me utilizo de esa abstracción aproximativa para subrayar una imposibilidad concreta: las PEPs no pueden ejercer su función de *modo solepsista*. Y ello no sorprende, por cuanto, como se decía, las directrices de su posición son eminentemente «altruistas»<sup>93</sup>, pues el pleno sentido de su función está en los ciudadanos y en las «organizaciones públicas», ya que esa es la unidad en donde ellas poseen la autoridad materializar el abanico de instituciones «instituciones» que está comprendido en el rol de su cargo.

Dicho con otras palabras, la «autoridad» derivada de la «posición fiduciaria» de las PEPs solo tiene lugar en una determinada «organización pública» en específico, aquella que ha recibido la competencia para concretar algunos de los *public purposes* que el *legislador constituyente* (sujeto observador) ha percibido y contemplado en el *programa normativo-constitucional* del Estado Democrático de Derecho.

Siendo esto así, la «organización pública» es el ambiente funcional o *hábitat* que ha sido racionalmente estructurado para optimizar las decisiones inherentes al ejercicio de la función pública confiada a la PEP. Por consiguiente, la realización de los *public purposes* depende de

---

<sup>92</sup> KAZMIERCZAK, Marcin. “El concepto de solipsismo en la escritura posmoderna de Borges”. *Itinerarios*, v. 5, p 102.

<sup>93</sup> DEMOTT, Deborah. “Fiduciary obligation under intellectual siege: contemporary challenges to the duty to be loyal”. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 30, n. 2, 1992, pp. 477 y ss.

que exista una sincronización unidireccional entre el actuar individual de las PEPs y los *obligatory purposes* de la «organización pública».

### 3.1 La configuración organizativa

De lo anterior resulta que las PEPs ocupan posiciones centrales en las cúpulas de las «organizaciones públicas». Sin embargo, ¿por qué ellas no pueden desempeñar sus funciones fuera de ese ambiente funcional? ¿Cuál es el factor que las impide satisfacer a las «expectativas» ciudadanas de modo autónomo, sin esa vinculación organizacional?

Pues bien, desde de un punto de vista fáctico, la razón política de esa vinculación es que, en regla, el actuar individual del ciudadano es insuficiente<sup>94</sup> para cumplir con las prestaciones positivas referidas a las «instituciones»<sup>95</sup>. Debido a la magnitud de los *public purposes*, su realización demanda la organización y la coordinación racional de

---

<sup>94</sup> De entrada, ello puede inducir al error asociativo de tal visión con alguna de las premisas de Hobbes, pues –para él– el *fin último, meta o designio* de restringir la vida por medio del Estado (República) es cuidar de su propia preservación y llevar una vida mas “dichosa”. Esa analogía, con todo, no procede, ya que, mi premisa está en la dimensión prestacional (y democrática) que no está limitada a la libertad y a la propiedad individual («*que aman naturalmente la libertad y el dominio sobre otros*»), sino en la plenitud del ciudadano en un Estado Democrático de Derecho. HOBBS, Thomas. *Leviatán, o la invención de la moderna razón*. Madrid: Editora Nacional, 1980, p. 263.

<sup>95</sup> Una organización, de acuerdo con Schein, es la coordinación racional de las actividades, y como tal, está referida a cierto número de personas que –en conjunto– actúan para lograr un *fin común y explícito* mediante la división de las funciones y a través de una jerarquización de la autoridad y de la responsabilidad organizacionales. SCHEIN, Edgar. *Psicología de la organización*. México, D.F.: Prentice-Hall Hispanoamericana, 1982. pp. 24 y ss.

distintos esfuerzos<sup>96</sup>. En específico, eso sucede tras la implementación cumulativa de *cinco pilares* organizacionales:

1. *Fijación ex ante de los public purposes* que van a ser obligatoriamente perseguidos por la «organización pública», y que, por ello, constituyen un *obligatory purpose*, es decir, un imperativo ineludible las PEPs;

2. *Regulación normativa de los parámetros internos* que —a la luz de los *public purposes*— van a limitar la dinámica *ad intra* de la «organización pública» y, por consiguiente, el actuar funcional de las PEPs y de los demás funcionarios que actúan en ella. Ello debe incluir: (a) *normas de conducta* (dirigidas a todas las posiciones funcionales de la «organización pública»); (b) *normas de procedimiento* (que van a trazar el debido *iter* para la realización de los *obligatory purposes*), y (c) *políticas organizacionales* (que van a ser el parámetro de la actividad *intra, extra e interorganizacional*);

3. *Previsión de un organigrama* que delimite un sistema interno de *roles*<sup>97</sup> y competencias funcionales dirigido a la: (a) especificación de las funciones que se deben cumplir en ese ámbito; (b) división de tareas entre los miembros de la «organización»;

4. *La «jerarquización» de la «organización»*, criterio organizativo que tiene conexión directa con el sistema interno de roles y competencias

---

<sup>96</sup> RUIZ OLABUÉNAGA, José Ignacio. *Sociología de las organizaciones*. Bilbao: Universidad Deusto, 1995. pp. 60-61.

<sup>97</sup> En esta investigación, me refiero a “rol” o “papel” como un complejo de normas o de expectativas que se refieren al titular de un puesto determinado de la organización. La expresión “expectativa”, a su vez, señala lo que se espera (comportamiento) del titular de una posición funcionan determinada. En ese sentido, Mayntz afirma que las expectativas respecto de los roles (o papeles) no se refieren solamente al comportamiento visible, sino también a determinadas actitudes y posturas valorativas del titular de la posición en tanto que tengan algo que ver con sus cometidos en la organización que desarrolla su función. *Vid.* MAYNTZ, Renate. *Sociología de la organización*. Madrid: Alianza, 1972, p.106.

funcionales, y cuya aplicación presupone que: (a) cuanto mayor sea la «expectativa» externa en torno de la «tarea» asociada a un determinado rol, mayor va a ser la «autoridad» y la «discrecionalidad» decisional de miembro de la «organización», lo que, por consiguiente, (b) genera el surgimiento de distintos *niveles o escalones de autoridad funcional*;

5. *La disponibilidad de medios para vigilar, controlar y sancionar el (in)cumplimiento interno de las funciones inherentes a cada nivel o escalón jerárquico de la «organización pública», pues, sin ello, las cadenas de mando, los modos de subordinación y el respeto a las esferas de competencia funcional podrán sufrir un proceso de debilitación.*

Así las cosas, esa configuración organizativa condiciona el *ejercicio de la autoridad decisional* de las PEPs a la realización de tres juicios de valoración fiduciaria que dependen de la incidencia de las mencionadas *normas profilácticas*. Son ellos: (i) ¿la vía decisoria elegida es la más favorable a la concreción de los *obligatory purposes* que deben ser perseguidos? (ii) ¿su motivación y contenido son válidos ante a la regulación interna de la «organización pública»? (iii) ¿Y ante el «programa normativo-constitucional»?

En ese caso, la complejidad organizativa del ambiente funcional de las PEPs no sólo incrementa la posibilidad de constatación previa de una desviación fiduciaria que macularía la *decisión pública*, como también permite la «objetivación» de los parámetros decisorios de las PEPs. Al fin y al cabo, la implementación de esa configuración organizacional señala que –desde un punto de vista normativo– el procesamiento y la apreciación del *objeto de la decisión* van a ser realizados de modo

“despersonalizado”<sup>98</sup>, respetando esferas de competencia funcional, y sin la influencia del “estatus” del ciudadano solicita algo de la organización pública: reto que –como ha dicho una importante voz de la literatura<sup>99</sup>– es una gran “virtud”.

La razón de esa calificación es comprensiva. En esa configuración, las actividades de la organización pública en que las PEPs actúan pasan a ejecutarse a partir de dos *parámetros* fundamentales. *El primero* es la *impersonalidad* (o *finalidad pública*)<sup>100</sup>, que se encuentra en el mismo campo de incidencia de la legalidad y obliga a las PEPs a actuar (i) de forma impersonal y (ii) únicamente para lograr el fin legal de su «función». *El segundo*, a su vez, es la *supremacía o preponderancia de interés público (öffentliches)*, que impide el “actuar neutral” y determina el direccionamiento de las actividades y de los servicios básicos (*Daseinsvorsorge*) de las «organizaciones públicas» hacia la efectividad del bien común<sup>101</sup>.

Por tanto, la configuración del «ambiente funcional» de las PEPs favorece el ejercicio de la autoridad decisional bajo la lógica de la *normatividad fiduciaria racional*, es decir: no basta que sus decisiones reflejen un mero cumplimiento formal de los paradigmas normativos.

---

<sup>98</sup> MAYNTZ, Renate. *Sociología de la organización*. Madrid: Alianza, 1972, p.106.

<sup>99</sup> Para Weber, la organización burocrática es la vía adecuada para la gestión de las dinámicas de las sociedades “rationales-legales”. En especial, su propuesta de “burocracia” tiene como rasgos: (i) la estructuración jerárquica; (ii) la especialización; (iii) una dinámica basada en la observancia de reglas; (iii) el nombramiento de funcionarios con dedicación exclusiva a su institución; (iv) la impersonalidad; (v) la separación de lo público y lo privado. WEBER, Max. *¿Que es la burocracia?*, Buenos Aires: Libros Tauro, 2006, pp. 3 y ss.

<sup>100</sup> Al respecto, *cf.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho administrativo*, 27ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 591-592; en igual sentido, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 21ª ed, São Paulo: Malheiros, 1995. p. 82.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

Ellas deben optar, racionalmente, por la alternativa decisoria que les permita la mejor realización fáctica posible del *public purpose* perseguido por la «organización pública» y esperado por los ciudadanos.

### 3.2 ¿Dinámica de poder oculto?

Como se ha señalado antes, el ingreso funcional de una PEP a determinada «organización pública» tiene como fundamento una *investidura legítima*. Eso presupone que hubo alternativamente: (i) una decisión político electoral (mayoritaria) de los ciudadanos; (ii) un nombramiento político administrativo (individual) basado en la confianza de otra PEP; o (iii) un nombramiento técnico político resultante del consenso entre distintas “cúpulas” acerca de la trayectoria meritoria de alguien<sup>102</sup>.

Pese a la peculiaridad de cada una de esas vías de ingreso, ninguna de ellas determina –por sí misma– que la persona nombrada para integrar el cuerpo funcional de la «organización pública» está sujeta a una *normatividad fiduciaria de densidad fuerte*. Conforme señala UNDERKLUFFER<sup>103</sup>, ese *plus* no es inherente a todo ejerciente de

---

<sup>102</sup> En ese caso, no vislumbro la posibilidad de que alguien ingrese, por vía de concurso público, directamente a la cúpula de una «organización pública». Expresado de otro modo: las funciones públicas relevantes siempre pasan por un juicio de valoración político y, en alguna medida, discrecional o conformado por coalición de intereses.

<sup>103</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 82.

función pública. Por el contrario: solamente las personas que ocupan posiciones de *alto nivel jerárquico*, como las PEPs, están sujetas a ello<sup>104</sup>.

Ahora bien, si por un lado ello incrementa la percepción de la confianza y expectativas ciudadanas en torno de su actuar, por el otro, la configuración del ambiente funcional en el que ellas actúan pone de relieve un dato sensible: la “posición de cúpula” les concede el *monopolio de decidir* sobre la asignación de *beneficios* y la *imposición* de costes no sólo a los ciudadanos, sino también a *stakeholders*.

Aunque esa competencia decisional ya atribuya, *per se*, un sentido fuerte al actuar de las PEPs, la potencia y el alcance de la autoridad conferida a ellas sufren un *incremento interno significativo*. ¿La causa de ello? *La estructura jerarquizada de las «organizaciones públicas» en las que actúan*. El hecho de que las PEPs están ubicadas en la cúpula de las organizaciones públicas aumenta la contingencia de que ellas utilicen su alta jerarquía para *influir* el sentido de decisiones que están ubicadas en esferas de competencia ajena.

En particular, esa interferencia alcanza a los miembros de la propia cúpula o de otras cúpulas organizacionales (*influencia horizontal o «top-top»*) o de personas que ocupan posiciones internas inferiores (*influencia vertical o «top-down»*). En esa última hipótesis, las PEPs pueden interferir –por lo menos– en el actuar decisional de *tres grupos* de personas. El *primer grupo* comprende los funcionarios de jerarquía *alta e intermedia*. En esa hipótesis, sus funciones consisten en: (i) *interpretar y transmitir*

---

<sup>104</sup> Para Underkuffler, es por ese motivo que –desde la perspectiva ciudadana– el “desvío funcional” del titular de una posición confiada señala una “traición” que conlleva efectos sociales atroces. Cfr. UNDERKUFFLER, Laura. “Captured by Evil: The Idea of Corruption in Law”. *Cornell Legal Studies Research Paper* n. 19-41, pp. 21 y ss.

las decisiones de cúpula a los distintos niveles internos y a personas y organizaciones externas y (ii) *decidir* sobre asuntos relacionados a las competencias propias de su rol. El *segundo grupo* comprende los funcionarios de jerarquía inferior, pero que deciden –*de modo residual y con alguna discreción decisional*– sobre asuntos operativos de ciertos procedimientos organizacionales (*micropoder decisional*). Por fin, el *tercer grupo* está formado por funcionarios de jerarquía inferior que no poseen discreción decisional. Es decir: simplemente ejecutan órdenes superiores.

Ahora bien, esas *posibilidades de influencia* no se limitan a las personas y a los procedimientos organizacionales a los que acabo de referirme. Tanto los medios de vigilancia y de control internos, como los recursos de la «organización pública», también pueden ser alcanzados por ese *poder oculto* de las PEPs. En ese sentido, merece la pena el destaque de DÍEZ-PICAZO<sup>105</sup> sobre los ejercientes de funciones públicas propias de las PEPs:

«son personas que, por *razón del cargo*, disfrutan de una especial capacidad de información e influencia. Pueden poner a su propia disposición los principales resortes del aparato del Estado. De aquí, no solo que puedan hacer uso de medios delictivos con fines sectarios (espionaje a favor del propio partido, desviación de fondos públicos para objetivos espurios, etc.), sino, sobre todo que estén en una condición, particularmente propicia e inalcanzable para todas las personas, de encubrir o tratar con indulgencia los hechos delictivos cometidos por ellas mismas o por sus colaboradores»<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> DÍEZ-PICAZO, *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 2000, pp. 13 y ss.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

Así pues, aunque el sentido del actuar funcional de todas las personas que actúan en una «organización pública» estén jurídicamente (pre)determinados por *public purposes* la jerarquización de ese «ambiente funcional» tiene como efectos colaterales:

1. La *sobrevaloración* o *deificación* de las PEPs —a causa del poder que subyace de su posición de cúpula— lo que, por consiguiente, les permite la ofuscación selectiva de quienes ocupan posiciones jerarquía inferior y no estén alineadas a sus designios (factor que fragmenta la unidad organizacional y puede perjudicar el funcionamiento unidireccional)<sup>107</sup>;

2. La “*personalización*” de procesos decisorios que deberían ser impersonales;

3. La contingencia de un *sistema informal de lealtades verticales* que debilita —o mismo neutraliza— las posibilidades de divergencia y resistencia funcional por parte de aquellos que están subordinados a las PEPs, y que establecen con ellas *micro canales de confianza*.

Así pues, tales efectos —*aunque colaterales*— juegan un papel fundamental en la conformación fáctico-organizacional de una *dinámica de poder oculto* que incrementa el riesgo de *sistematización* de desvíos y *decisiones solepsistas* por parte de las PEPs.

---

<sup>107</sup> Sobre ese tipo de repercusión organizacional, cfr. GREINER, Larry; SCHEIN, Virginia. *Poder y desarrollo organizacional: la movilización del poder para implantar el cambio*. Wilmington: Addison Wesley Iberoamericana, 1990, p. 32-41.

## 4. BALANCE

En lo anterior se ha tratado de demostrar cuáles son los fundamentos teóricos que justifican atribuir el sentido de *condición de riesgo* al concepto de PEPs. Lo que subyace del análisis realizado es que –en regla– el ejercicio de una función pública relevante expone a tales personas a dos factores sensibles al ejercicio de su autoridad funcional.

El primero es la *visibilidad pública de su poder decisional* sobre asuntos que interesan, no solo a la vida del ciudadano común, sino también a los «negocios» de quienes actúan en la política y a la «política» de aquellos que actúan en los negocios.

El segundo es el protagonismo *interna corporis* en un ambiente funcional jerarquizado y que le permite controlar una dinámica de poder (oculto) basada en: (i) la influencia vertical y horizontal de personas y procedimientos, (ii) en la “personalización” de decisiones que deberían ser “impersonales”, y (iii) la vigencia de sistema informal de lealtades verticales y microcanales de confianza.

En suma, ellos son los factores que, cuando confluyen, generan *ventanas de oportunidad* para decisiones solepsistas e incumplimientos sistemáticos de los obligatory purposes que establecen los fundamentos y directrices de su cargo y de la normativa fiduciaria que limita el ejercicio de la función confiada de imponer un coste o atribuir un beneficio a los demás.

## CAPÍTULO II

Los «problemas públicos» vinculados la condición de riesgo  
de las PEPs

### 1. Introito

El sistema de justicia criminal (por medio de la persecución penal) y distintos grupos de presión (por medio de informes) han arrojado luz sobre distintos casos en los que el actuar de *algunas* PEPs se ha desviado de los *obligatory purposes* correspondientes a su cargo, e infringido la normativa fiduciaria inherente a su posición de confianza.

Ese dato pone de relieve la existencia de un «problema público»<sup>108</sup>, es decir: una discrepancia entre el «deber ser» (normas que predeterminan el ejercicio de una función) y el «es» (el actuar funcional concreto). Desde un punto de vista fenoménico, esa es la constatación fáctica que establece el fundamento de la vinculación de la condición de PEP a riesgos que están referidos a dos «problemas públicos»: un *inmediato* (*o retrospectivo*), y otro *mediato* (*o prospectivo*). Veámoslos.

---

<sup>108</sup> Sobre el contenido conceptual del problema público, cfr. SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p. 34 y ss.

## 2. El problema público inmediato (riesgo retrospectivo)

Considerando los *inputs* del análisis del *Capítulo primero*, subyace que la condición de PEP está inmediatamente vinculada al riesgo de «corrupción política»<sup>109</sup>: «problema público» que –en mayor o menor medida– ha impactado (y sigue impactando) a la dinámica funcional de los Estados y de sus respectivas «organizaciones públicas». Por cierto, este no es un dato nuevo. Conforme subraya MALEM SEÑA<sup>110</sup>, eso ha pasado en todas las épocas, «de norte a sur y de este a oeste».

En específico, tal juicio asociativo tiene como punto de partida un dato objetivo y de carácter económico patrimonial: la ausencia de justificativa lícita para la discrepancia cuantitativa entre el incremento del patrimonio personal de una PEP y los (pre)determinados ingresos oficiales que ella recibe como contrapartida al ejercicio de la «función pública» que se le ha confiado.

Al fin y al cabo, esto es lo que genera la *(des)confianza subjetiva* que se aproxima –cada vez más– de parte de las PEPs. ¿Tal discrepancia sería resultado del abuso de la autoridad de la PEPs? ¿Habría incrementado su patrimonio personal a causa del “mercadeo” de decisiones y bajo la relativización de los *obligatory purposes* a que están sujetas?<sup>111</sup>

En general, esa (des)confianza en torno del actuar de las PEPs son alimentadas –*casi que a diario*– por múltiples flujos de información. Lo preocupante en ello es que, a veces, estos datos son compartidos sin

---

<sup>109</sup> MALEM SEÑA, Jorge. “La Corrupción: algunas consideraciones conceptuales”. *Illes Imperis*, n. 16, 2014, p. 170.

<sup>110</sup> *Ibidem*, pp. 171-172.

<sup>111</sup> DÍEZ-PICAZO, *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 2000, p. 11.

filtro por los medios de comunicación<sup>112</sup>, y quizás por ello, hay mucha incertidumbre acerca de lo que es *realidad*, *ficción*, y *fake news*<sup>113</sup>.

Sin embargo, mismo que prácticamente toda la actividad humana del mundo –sea pública o privada, profesional o amateur, individual o colectiva, urbana o rural<sup>114</sup>– haya sido directa o indirectamente afectada por la «corrupción política», no siempre los ciudadanos tienen claro lo que es que, efectivamente, está por detrás de ese «problema público». En efecto, gran parte de ellos se fija más en sus *outputs*, y desconoce los *inputs* que permiten la repetición y permanencia del problema.

Por ello, hace falta aclarar una cuestión preliminar: *¿qué se comprende por «corrupción» en el ámbito de esa investigación?* Aunque el significado de ese «problema público» parezca obvio, la aclaración de su sentido no es una tarea sencilla. La palabra «corrupción» es polisémica, y así, utilizarla sin la acotación de su contenido conlleva el riesgo de que el mensaje de esta investigación doctoral sea interpretado a la luz de escenarios fenoménicos diversos de su objeto, generándose –por defecto– mal entendidos<sup>115</sup>. Por ello, procedo a la delimitación del «problema público» en cuestión.

---

<sup>112</sup> BARROS FILHO, *Corrupção: parceria degenerativa*. Campinas: Papyrus editora, 2016, p. 28.

<sup>113</sup> RAIS, Diogo. “*Fake news*: a conexão entre a desinformação e o direito”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2018, p. 105-128.

<sup>114</sup> BARROS FILHO, *Corrupção: parceria degenerativa*. Campinas: Papyrus editora, 2016, p. 27.

<sup>115</sup> Además de ello, la acotación del alcance semántico de la expresión «*corrupción*» permitirá que se determine cuáles son los ilícitos que –en abstracto– se adecuan al concepto de PEP.

Pues bien, la unidad lingüística «corrupción» proviene del latín, *corruptio*, y su estructura morfológica resulta de la aglutinación de tres elementos: el prefijo *con-* (que indica unión)<sup>116</sup>; la raíz verbal *rumpĕre* (que significa quebrar, partir, romper, hacer pedazos); y el sufijo *-tio* (que indica acción y efecto). Su significado común<sup>117</sup> está asociado a la acción o efecto de corromper, es decir, de alterar y trastocar algo; echar a perder; depravar, dañar, pudrir, deteriorar [algo]; eliminar el buen comportamiento o los valores de naturaleza moral, subvertir [algo o alguien].

De entrada, esa acotación lingüística permite dos ponderaciones sobre la condición de riesgo de las PEPs. La *primera* es que, como «problema público», la «corrupción política» no se concreta individualmente. El prefijo *con-* indica que la ruptura o deterioración resulta de una unión de esfuerzos. Luego, hace falta que *dos sujetos* –por lo menos– (inter)actúen: de un lado, la PEP (que posee autoridad decisional), y del otro, la persona realiza –por iniciativa propia o provocación– el pago de un incentivo económico patrimonial destinado a garantizar la manipulación ilícita del sentido de una decisión pública<sup>118</sup>.

La segunda ponderación es que –conceptualmente– ninguna de esas personas «*es*» corrupta. El verbo «*ser*», como bien se ha dicho en la literatura<sup>119</sup>, exige un complemento al sujeto, y ese, a su vez, no cambia. La transitoriedad es un rasgo del verbo «*estar*», y así, no

---

<sup>116</sup> Por asimilación, el prefijo *con-* cambia a *cor-* cuando acompaña una raíz verbal que empieza con *r-*.

<sup>117</sup> Esa es la significación atribuida por la Real Academia Española (RAE).

<sup>118</sup> GREEN, Stuart. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno: una teoría moral de los delitos de cuello blanco*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 257-266.

<sup>119</sup> BARROS FILHO, *Corrupção: parceria degenerativa*. Campinas: Papyrus editora, 2016, pp. 28-40.

determina que el «*ser*» sea lo que «*es*». El «*ser*» sigue siendo, aunque su estado cambie<sup>120</sup>. Siendo esto así, la «corrupción» no es lo que ha dejado de ser (*status quo ante*), y tampoco lo que se ha convertido (*status quo*). Es «la propia conversión»<sup>121</sup>.

Siendo esto así, el «problema público» inmediatamente asociado a las PEPs no designa que ellas “*sean corruptas*”, sino que –en el *ámbito del ser*– la magnitud de su poder decisional (directo o indirecto) hace que ellas “*estén*” más «expuestas» o «sensibles» a dinámicas de captura económica (pasiva o activa) que implican la desviación conductual de los «obligatory purposes» y de las «normas profilácticas» que están (pre)determinados en el *ámbito del deber ser*.

Eso es lo que –desde un punto de vista fenoménico– convierte las PEPs en potenciales protagonistas de procesos de «corrupción política» que repercuten en dos vías. *De un lado*, (i) defraudan las expectativas que gravitan en torno realización de *tareas básicas* (*Kernaufgaben*), (ii) generan la inestabilidad de las instituciones políticas y la (des)confianza en las instituciones políticas; (iii) dan mal uso a los recursos públicos; (iv) distorsionan los mercados<sup>122</sup>. *Del otro lado*, *dañan* (v) a los servicios básicos de interés general (*Daseinsvorsorge*) que conforman un *estado de libertades* [*Freiheitlichkeit*]<sup>123</sup>, y (vi) los *public purposes* que –en el marco del Estado Democrático de Derecho– deben ser realizados por la «organización pública» que depende de su actuar decisional

---

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>122</sup> GREEN, Stuart. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno: una teoría moral de los delitos de cuello blanco*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 267.

<sup>123</sup> PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal*, 2016, pp. 42-43.

De ese modo, el sentido de «corrupción política» utilizado en esa investigación contempla dos dimensiones: *la comportamental* y *la organizacional*. Una está referida al «actuar decisional» de las PEPs, y la otra, a su «ambiente funcional», es decir: la «organización pública».

## 2.1 Dimensión comportamental

Desde la *dimensión comportamental*, el sentido de «corrupción» aplicable a las PEPs denota «el uso [o (ab)uso] de una posición confiada para obtener ganancias egoístas»<sup>124</sup>. Bajo esa óptica, la discrepancia inherente al «problema público» resulta de una tensión entre el comportamiento egoísta de la PEP<sup>125</sup> y las expectativas (normativas y ciudadanas) que gravitan en torno del ejercicio de su función.

Toda trama de «corrupción» conlleva una «colusión», es decir, un pacto ilícito en daño de terceros (los ciudadanos). Así, su concreción presupone la violación no solamente del *deber positivo* de realizar *public purposes*, sino también de los *deberes negativos* que subyacen de las «normas profilácticas» que establecen los límites prohibitivos del actuar decisional de las PEPs (normatividad fiduciaria). Al fin y al cabo, las normas de *no-conflict* y *no-profit* conforman una *norma anticorrupción*, como bien lo subraya KIM<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> Al respecto, cfr. KIM, Sung Hui. “Fiduciary Law and Corruption”, *UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper* n.º. 18-01, 2018, p. 2.

<sup>125</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. 2. Ed. Cambridge University Press, 2016, pp. 36.

<sup>126</sup> Al respecto, cfr. KIM, Sung Hui. “Fiduciary Law and Corruption”, *UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper* n.º. 18-01, 2018, pp. 18-19.

Así pues, la consumación de tal «problema público» señala –de inmediato– el fracaso de las normas de conducta prohibitivas, que no han logrado disuadir la prevalencia del oportunismo o *solepsismo* de las PEPs en los «acuerdos o negocios de acceso limitado» a ellas y a un «tercero»). Sin embargo, una mirada hacia tal fenómeno también debe visualizar que tampoco se ha podido evitar el incumplimiento del compromiso fiduciario de ejercer su función de manera desinteresada, es decir: sin dejar influenciarse por intereses propios o de terceros.

De ello subyace que –con independencia de los valores, de la cultura, y de la economía de cada sociedad<sup>127</sup>– hay una estructura básica de la «corrupción» protagonizada por quienes ejercen funciones públicas relevantes. En general, el actuar de las PEPs involucradas en estos procesos se determina por *dos factores*. El primero es el «interés propio» (que constituye la espina dorsal de tal «problema público»). El segundo, a su vez, es el «soborno»<sup>128</sup>, es decir, el incentivo económico que fomenta el actuar solepsista.

La combinación de esos dos aspectos es lo que, fenoméricamente, da causa a la *captura económica* que determina el desvío comportamental y la manipulación de los motivos de la decisión que beneficiará a un *private purpose* (que interesa a determinadas personas o grupos) a coste de los *public purposes* (que interesan a los ciudadanos en general). De ahí

---

<sup>127</sup> En esa línea, cfr. SENTURIA, Joseph. “Political Corruption”. In: SELIGMAN, Edwin (ed). *Encyclopedia of the Social Sciences*. New York: Macmillan, pp. 447-452.

<sup>128</sup> En esta investigación doctoral la expresión “soborno” sigue el sentido que la Real Academia Española (RAE) adopta para la palabra “soborno”: «dádiva con que se soborna. Cosa que mueve, impele o excita el ánimo para inclinarlo a complacer a otra persona». Tal sentido es complementado con la definición de “sobornar”, es decir: «dar dinero o regalos a alguien para conseguir algo de forma ilícita».

el acierto de GREEN<sup>129</sup> al poner relieve que ese problema «corrompe la vida política al incitar la presencia de fundamentos inadecuados en la toma de decisiones».

Ahora bien, aunque parte de la literatura<sup>130</sup> utilice la palabra «corrupción» como expresión sinónima de «soborno», no se puede confundir los distintos escenarios fenoménicos que los caracterizan<sup>131</sup>. El «soborno», como indican NICHOLS y ROBERTSON<sup>132</sup>, es una especie del género «corrupción». Su contenido denota, específicamente, el instrumento o vía estratégica que condiciona la concreción fáctica del proceso de «corrupción» a un intercambio<sup>133</sup>.

En específico, la materialización de esa colusión depende de una composición entre la oferta (de un tercero) o solicitud (de la PEP) de una ventaja económica y la correspondiente probabilidad de su pago (por el tercero) y aceptación (por la PEP). En ese sentido, pondré una ejemplificación basado en un modelaje de GREEN<sup>134</sup>:

X (PEP que recibe el soborno) es sobornada por Y (quien lo ofrece), si y solo si: (1) X acepta, o acuerda aceptar, algo de valor proveniente de Y; (2) a cambio de que X actúe o acuerde

---

<sup>129</sup> GREEN, Stuart. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno: una teoría moral de los delitos de cuello blanco*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 267.

<sup>130</sup> JOHNSTON, Michael. *Syndromes of corruption: wealth, power and democracy*. New York: Cambridge University Press, 2005, pp. 20-21.

<sup>131</sup> NICHOLS, Philip; ROBERTSON Diana. *Thinking About Bribery: Neuroscience, Moral Cognition, and Psychology of Bribery*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 43-44

<sup>132</sup> Para la mayoría de la literatura especializada, ese intercambio existe, aunque el objeto recibido sea de poco o ningún valor, o mismo que no haya aportado beneficio al sobornador. Vide: NICHOLS, Philip; ROBERTSON Diana. *Thinking About Bribery: Neuroscience, Moral Cognition, and Psychology of Bribery*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 20-21.

<sup>133</sup> Al respecto, GREEN, Stuart. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno: una teoría moral de los delitos de cuello blanco*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 263.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 258.

actuar en favor de cierto interés de Y; (3) infringiendo los *obligatory purposes* y las «normas profilácticas» propias de X, que se desvía de su función.

Esa ejemplificación permite visualizar que –en regla– un proceso de «corrupción política» basado en el «soborno» presupone un *win-win*: el soborno que beneficia la PEP sirve para realizar una pretensión que – desde un punto de vista jurídico-legal– le sería inaccesible o más costosa a aquel que ha pagado el soborno<sup>135</sup>.

Por otro lado, SØREIDE y ROSE-ACKERMAN<sup>136</sup> subrayan que la adhesión de las PEPs a ese *win-win* puede dar lugar a la concreción de dos tipos de «corrupción». *La primera*, etiquetada como «*de captura*», sucede cuando la *persona* o *stakeholder* atrae la PEP para negociar –*en secreto*– el “precio” de su decisión, y con ello, logra capturar su motivación decisional. *La segunda*, a su vez, recibe la etiqueta «*extorsiva*», y sucede cuando la PEP se anticipa, y –*ex ante*– impone a quienes podrán beneficiarse de su decisión la “obligación” de realizar un pago de «soborno» compatible con el *output* decisional que ellas podrán recibir.

---

<sup>135</sup> MALEM SEÑA, Jorge. “La Corrupción: algunas consideraciones conceptuales”. *Illes Imperis*, n. 16, 2014, p. 2 y ss.

<sup>136</sup> SØREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. “Corruption in State Administration”. *Yale Law & Economics Research Paper* n. 529, p. 2 y ss. Sin embargo, la propia autora reconoce que –en la práctica– es difícil distinguir entre una y otra vía, pues la mayoría de los pagadores de «sobornos» prefieren retratarse –principalmente en los “acuerdos de colaboración” con las instituciones de justicia– como víctimas de una trama de «corrupción», independientemente de los beneficios que hayan obtenido. Además de ello, Rose-Ackerman afirma que, en ese caso, aunque las víctimas de la demanda de soborno extorsivo (los ciudadanos y las empresas) pueden informar sobre intentos de tal acción, es posible que ellas no puedan ofrecer pruebas suficientes para la fiscalía. Cfr. ROSE-ACKERMAN, Susan. “The Law and Economics of Bribery and Extortion”. *Annual Review of Law and Social Science*, 2010, p. 222.

En ambos tipos, puede que las *personas* o *stakeholders* potencialmente sujetos a la autoridad decisional de las PEPs efectivamente tengan el derecho y el *pedigrí fáctico* necesarios para obtener una decisión favorable. O sea: el soborno funcionaría “apenas” como un *plus* para garantizar el sentido decisional que –desde un punto de vista jurídico– *debe ser* consumado. Ello es lo que pasa, *e.g.* cuando el soborno va dirigido a acelerar el tiempo de maduración de una decisión que, sin el soborno, llegaría con el mismo contenido, pero demasiado tarde.

En tal supuesto: (i) los interesados en la decisión pública obtienen exactamente lo que el Derecho les garantiza; (ii) el *output organizacional* no genera ningún daño [aparente] al Estado. Siendo esto así, ¿el problema deja de ser público? Expresado de otro modo: ¿la supuesta falta de daño aparente atribuye al hecho insignificancia jurídico-penal? La respuesta es negativa.

La razón de ello es que, en este caso, la noción de *daño* no está referida a *qué resultado la decisión ha realizado*, sino a *lo que llevó a realizar ese resultado*. Las PEPs, conforme al análisis del *Capítulo primero*, están sujetas, *im enteren Sinne*, a una *normatividad de densidad fuerte formada por dimensiones*, y una de ellas corresponde precisamente a las «normas profilácticas» (*no-conflict* y *no-profit*) que subyacen de la *normatividad fiduciaria (límite subjetivo del actuar fiduciario)*. Así pues, ese es el referente para la (des)valoración del mencionado supuesto.

Sin este criterio, se podría aludir –equivocadamente– a la máxima de BUSENBAUM<sup>137</sup> y sostener que en esta circunstancia los *obligatory*

---

<sup>137</sup> Me refiero al teólogo jesuita alemán Hermann Busenbaum, quien en 1645 publicó un escrito que consta de la *Medulla theologiae moralis (liber IV, dubium VII)*,

*purposes* y las «normas profilácticas» podrían ser (in)cumplidas *quia, cum finis est licitus, etiam media sunt licita* (“porque cuando el fin es lícito, también los medios son lícitos”)<sup>138</sup>. No es lo que planteo, pues, –siguiendo a GREEN– el problema radica en el hecho de que la PEP «ha tomado su decisión con base en un razonamiento equivocado»<sup>139</sup>

Desde un punto de vista fenoménico, con todo, los incentivos económicos pagados a título de soborno suelen funcionar como un medio para *evitar un coste* o *conquistar el acceso a un beneficio ilegal*. Es decir: el resultado discrepa del deber ser, y señala un daño a la organización pública y a los *public purposes*. Y eso, por supuesto, pasa justamente por el hecho de que, en lo general, la pretensión de las personas interesadas en pagarlo no encuentra fundamento en el orden jurídico.

Por ello, parece obvio que –en los casos en que el derecho a la decisión favorable inexistía– la ventaja económica que la PEP recibe muy probablemente exceda el coste “esperado” de detección y punición de su desvío comportamental. Expresado de otro modo: cuanto más cerca las PEPs estén de tomar una decisión que sea penalmente relevante, más alto va a ser el monto que ellas recibirán a título de «soborno», y así, mayor va a ser el enriquecimiento sin causa lícita que vulnera la norma del *no-profit*<sup>140</sup>.

---

*articulum II*). Al respecto, cfr. O'NEILL, Charles; DOMÍNGUEZ, Joaquín (dir). *Diccionario histórico de la compañía de Jesús*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2001, p. 187.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>139</sup> GREEN, Stuart. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno: una teoría moral de los delitos de cuello blanco*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 272.

<sup>140</sup> SØREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. “Corruption in State Administration”. *Yale Law & Economics Research Paper* n. 529, pp. 6 y ss.

Pese a esas distinciones, en ambos casos, las PEPs tienen amplio poder para negociar el *quantum* de «soborno», y pueden –incluso– amenazar denunciar aquella(s) persona(s) que no haya(n) podido o no haya(n) querido pagarlo. En tales situaciones, puede haber tanto la «extorsión» como el «chantaje», es decir, el uso de una información sensible como moneda de cambio para evitar la adopción de determinada medida legal<sup>141</sup>.

Lo problemático en ello es que la posición jerárquica y capacidad de influencia (vertical y horizontal) de las PEPs les permiten conocer con exactitud las necesidades y debilidades de quienes dependen de su decisión<sup>142</sup>. De ahí la pertinencia de representar el coste del «soborno» ('CS') con la siguiente fórmula  $CS = 'RDP' \times 'P'$ , en la que 'RDP' equivale al *riesgo de detección y punición*, y 'P' equivale a *penalización*<sup>143</sup>.

En esa dinámica, otro factor que atribuye más poder de negociación a las PEPs es el *monopolio decisonal* propio de su autoridad. Al fin y al cabo, lo que importa a quien paga el soborno por *vía de captura* es tener el poder de decidir o de influenciar la decisión que trata el asunto que le interesa. Conforme a lo dicho antes, eso es lo que intensifica la exposición o sensibilidad de las PEPs al proceso de colusión, pues –en algunos casos– su posición les permite:

1. *Crear la escasez* de un bien o servicio público que está bajo la gestión y tutela de la «organización pública» en la que ellas (u otras PEPs

---

<sup>141</sup> Al respecto de la distinción entre el *chantaje* y la *extorsión*, cfr. GREEN, Stuart. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno: una teoría moral de los delitos de cuello blanco*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 281.

<sup>142</sup> SØREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. "Corruption in State Administration". *Yale Law & Economics Research Paper* n. 529, pp. 6 y ss.

<sup>143</sup> *Ibidem*.

influenciables) desempeñan sus funciones, pues –aunque los mismos *no estén escasos*– el acceso a ellos depende de sus decisiones;

2. *Atribuir, reconocer, relativizar o excluir una calificación* que, por fuerza de ley, se hace necesaria para la obtención de un beneficio legal o, igualmente, para una contratación pública<sup>144</sup>;

3. *Acelerar o retardar procedimientos organizacionales sobre solicitudes legítimas (e ilegítimas)* de determinadas personas *stakeholder* que poseen elevado poder económico, de manera que la “lentitud” o “rapidez” en el procesamiento (por veces facilitadas por la complejidad regulatoria *intra* y *extra* organizacional) juegan un papel estratégico para la concreción del pago de «soborno»<sup>145</sup>;

4. *Reducir costes fiscales o sancionatorios* provenientes de decisiones legítimas y jurídicamente válidas que han sido tomadas por ejercientes de funciones públicas de *nivel jerárquico inferior*<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Ese ha sido el escenario del «*caso Odebrecht*», en el que PEPs de diferentes países condicionaban el acceso a los contratos públicos al pago de «sobornos» por parte de empresas de la construcción civil, y que estaban dirigidos a la financiación de campañas político-partidarias. Al respecto, cfr. SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo, et al. “The ‘lava jato network: corruption and money laundering in Brasil’”. *Global Observatory of Transnational Criminal Networks*, n. 29, 2018, pp. 11 y ss; MARTÍNEZ ENCARNACIÓN, Kenyi. “Dinero, poder y política: financiamiento electoral como clave en la influencia de Odebrecht en Perú y México”. *Politai: Revista de Ciencia Política*, n. 18, 2019, pp. 128-168.

<sup>145</sup> Ese factor, como se verá más adelante, es uno de los que causan el desarrollo del concepto de «personas económicamente expuestas».

<sup>146</sup> En Brasil, eso ha pasado en el caso «*Zelote*», en el que la colusión estaba dirigida a minimizar costes fiscales que habían sido legal y legítimamente aplicados a grandes empresas. En particular, los consejeros del *Conselho de Administração de Recursos Fiscais* (CARF) disminuían o anulaban el valor de multas aplicadas a grandes empresas a cambio de sobornos. En total, se estima que tal trama ha generado un flujo sobornos de USD 6 billones. Al respecto de la repercusión para la dinámica funcional de la organización pública, cfr. ANDRADE, Janaína Nicolau de. “As possíveis transformações no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais”. *Revista Jurídica*, v. 4, n. 45, 2016, pp. 534-564.

Cada una de esas hipótesis designa *dos situaciones*. Por un lado, una “oportunidad” (de negocio y de soborno). Igualmente, la desviación conductual de los *obligatory purposes* y de (in)cumplimiento de la normatividad fiduciaria que (pre)determinan y limitan el actuar fiduciario de las PEPs.

Por otro lado, SØREIDE y ACKERMAN<sup>147</sup> afirman que, en algunos casos, la sensibilidad al proceso de «corrupción» por vía de «soborno» es prácticamente inevitable. En específico, eso sucede cuando las PEPs que están en la cúpula de una «organización pública» tienen el poder de la “última palabra” sobre (i) la gestión de un bien o servicio, o (ii) la determinación de quién recibirá –y cómo recibirá– un coste o un beneficio. El fundamento de esa conclusión es que, en tales circunstancias, las posibilidades de que su motivación ilícita sea internamente confrontada y sujeta a una rendición de cuentas (la *accountability*) es bastante reducida.

Eso se debe a *tres factores*. *Primero*: es posible que el tenor de las investigaciones y de los análisis internos sobre el funcionamiento de la «organización pública» pase por la aprobación o supervisión (formal o informal) de la cúpula, que es la potencial afectada por tal detección.

*Segundo*: debido a la ya mencionada *dinámica de poder oculto*, es posible que las PEPs utilicen los recursos jurídicos, tecnológicos, humanos y económicos de las «organizaciones públicas» en que actúan para evitar que la colusión sea investigada y perseguida<sup>148</sup>, pues la alta jerarquía de

---

<sup>147</sup> SØREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. “Corruption in State Administration”. *Yale Law & Economics Research Paper* n. 529, pp. 2 y ss.

<sup>148</sup> DÍEZ-PICAZO, *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 2000, pp. 13 y ss.

su posición funcional les atribuye la capacidad de (i) *captar* (directa e indirectamente) información interna y (ii) de *influnciar* –por medio de los recursos que están a su disposición– la ocultación o disimulación de los actos (suyos o de sus colaboradores de confianza) que tengan significación de ilícito jurídico penal.

*Tercero:* en ese contexto, los canales internos de denuncias<sup>149</sup> no siempre lograrán alcanzar a las “dinámicas de cúpula”, *ex ante*, las PEPs seleccionan –bajo el criterio de la confianza– las pocas personas que van a gestionar –en distintos niveles jerárquicos– las informaciones que eventualmente podrán señalar su participación en una colusión vulneradora de *public purposes*<sup>150</sup>.

Así, la *accountability* de su actuar –y la consecuente detección de eventual desvío– dependen de la compleja y lenta vía externa de la «*accountability* horizontal»<sup>151</sup>, es decir, la vigilancia, control e investigación llevados a cabo por la iniciativa autónoma de otras «organizaciones públicas» y de autoridades externas que, a su vez, dependen de decisiones de otras PEPs.

---

<sup>149</sup> Me refiero específicamente a las discusiones en torno de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, y de experiencia anglosajona que –desde un punto de vista regulatorio– fomentan el desarrollo de medidas que posibiliten al ciudadano actuar como un *informante (denunciador) del Estado*, es decir, un *whistleblower*, en el caso de que conozcan una práctica delictiva. Sobre el asunto, específicamente sobre los procedimientos y potenciales denunciantes, cfr. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *Whistleblowing: Una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 114 y ss.

<sup>150</sup> DíEZ-PICAZO, *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 2000, pp. 13 y ss.

<sup>151</sup> En ese caso, la intervención externa podrá resultar de la propia iniciativa de esas autoridades, o de una respuesta organizacional a la provocación de una *accountability societal vertical*, fenómeno que, según la literatura, consiste en acciones de movimientos sociales y asociaciones de ciudadanos que ya no confían en una PEP u «*organización pública*». En ese sentido: O'DONNELL, Guillermo. “Horizontal accountability and new poliarchies”, *Lua Nova*, n. 44, 1998, pp.27-54, p. 29-52.

Por ello, me parece claro que la *combinación* entre (i) la falta de información penalmente relevante por parte de los miembros que están las esferas funcionales inferiores, (ii) el monopolio decisonal, y (iii) la confianza entre la cúpula y ciertos miembros de los niveles intermedio e inferior de «organización pública» conforma la dinámica de “poder oculto” que blinda el actuar interno de las PEPs.

Por estos factores, la intuición teórica de la presente investigación es que la “novedosa” implantación de un canal de denuncia interna difícilmente tendrá la capacidad de hacer frente a los «corrupción política» protagonizados por PEPs. Y la prueba de ello es que, en la contemporaneidad, el desvelamiento de casos de este tipo ha sido resultado de la problemática figura de la *colaboración o delación premiada*, que cuyo fundamento la “quiebra de confianza” entre por parte de un subordinado o de la persona involucrada en la «colusión», y eso suele suceder fuera del canal de denuncia de la «organización pública»<sup>152</sup>.

Siendo esto así, subyace que las PEPs poseen amplio poder para negociar –desde el ámbito *ad intra* de una «organización pública»– las circunstancias, la naturaleza, y la cantidad de lo que se materializará a título de «soborno». De ahí que, a la luz de razonamiento que he delineado hasta aquí, me parece adecuado adherir a la fórmula de Klitgaard<sup>153</sup> para sostener que la dimensión comportamental del

---

<sup>152</sup> Ha sido justamente ese el mecanismo de elucidación de la mayor trama contemporánea de corrupción protagonizada por PEPs: el «caso odebrecht». cfr. SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo, et al. “The ‘lava jato’ network: corruption and money laundering in Brasil”. *Global Observatory of Transnational Criminal Networks*, n. 29, 2018, pp. 11 y ss.

<sup>153</sup> Sin embargo, el propio autor aclara que tal fórmula es metafórica en muchos sentidos. En sus palabras: «la fórmula es metafórica en muchos sentidos, sobre todo en la noción de suma y resta. La corrupción es una función de muchas cosas, con “derivados parciales” positivos con respecto al grado de monopolio y al grado de

problema que está inmediatamente vinculado a las PEPs puede ser representado por  $C = M + D - A$ , en la cual ‘C’ equivale a la «corrupción», ‘M’ a «monopolio», ‘D’ a «discrecionalidad» y ‘A’ a *accountability*.

## 2.2 Dimensión orgánico-institucional

De lo anterior subyace que la dimensión comportamental de la «corrupción política» está referida al proceso de captura económica que objetiva alinear el actuar decisional de las PEPs al interés privado de determinadas personas y *stakeholders*. Sin embargo, esa es apenas una de las dimensiones del problema público que está inmediatamente vinculado a la condición de riesgo de las PEPs. Eso porque el ejercicio de sus funciones sucede en «organizaciones públicas», y esas, a su vez, no son “apenas” el ambiente funcional o *hábitat* de funcionarios públicos. En el marco democrático, ellas son la unidad política configurada y estructurada para optimizar los *outputs* del cargo que se les ha confiado.

Toda «organización pública» incorpora un *public purpose*, es decir: el *true north*<sup>154</sup> que dirige la realización de sus actividades y determina el sentido de los *obligatory purposes* de sus miembros. Eso es lo que

---

discrecionalidad oficial y un parcial negativo con respecto a la rendición de cuentas. Dado que cada una de estas variables es multidimensional y dado que no se dispone de medidas confiables, la metáfora matemática es solo heurística». Cfr. KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald; PARRIS, H. Lindsey. *Corrupt cities: a practical guide to cure and prevention*. World Bank: Washington, 2000, p. 23.

<sup>154</sup> NEWHOUSE, Marie. “Institutional corruption: a fiduciary theory”. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, v. 23, n. 3, 2014, p. 564.

justifica su funcionamiento, legitima sus *outputs*, y fomentan la materialización de las «instituciones» basilares a la coexistencia ciudadana y a la conformación un *estado de libertades* [*Freiheitlichkeit*]<sup>155</sup>.

Por consiguiente, lo que hay es una cadena de dependencia: la realización de los *public purposes* depende de que exista una sincronización unidireccional entre el actuar individual de las PEPs y los *obligatory purposes* de la «organización pública». Asimismo, el éxito organizativo depende de la integral conformidad entre su dinámica *ad intra* y los «purposes» que (pre)determinan el sentido de sus actividades. Sin esa concatenación, habrá la contingencia de un problema bastante peculiar: la *tendencia de desvío orgánico-institucional* que puede culminar en el proceso de «corrupción institucional»<sup>156</sup>.

En las democracias constitucionales, ello sucede cuando la realización de los *public purposes* es frustrada debido a la *manipulación del fin* que dirige: (i) *los procedimientos internos*, (ii) *la gestión de recursos públicos* y (iii) *los outputs decisionales* de la «organización pública». ¿La razón de ello? La *influencia* –interna y externa– de *personas y stakeholders*, en específico, de aquellas que desean garantizar la realización de sus *propósitos privados* por medio del pago de sobornos que capturan el actuar de las PEPs.

En esa circunstancia, tal incentivo económico genera la *tendencia ad intra* de que *la organización se desvíe de su fin*, pues las PEPs que lo han recibido pasan a direccionar *la dinámica de poder “oculto”*<sup>157</sup> de su

---

<sup>155</sup> PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2016, pp. 42-43.

<sup>156</sup> Al respecto, fundamental: THOMPSON, Dennis. *Ethics in Congress: from individual to institutional corruption*. New York: Brookings Institution Press, 1995, pp. 20-39; NEWHOUSE, Marie. “Institutional corruption: a fiduciary theory”. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol. 23, n. 3, 2014, pp. 553-594.

<sup>157</sup> Al respecto, cfr. el análisis del *Capítulo primero*.

ambiente funcional para favorecer la realización del propósito privado del “incentivador”. Y ello, conforme lo dicho anteriormente, presupone la vigencia –*interna corporis*– de un *sistema informal de lealtades verticales* que funciona a partir de *micro canales de confianza* entre la cúpula de la organización (ocupada por la PEP) y funcionarios que ocupan cargos estratégicos en los niveles jerárquicos inferiores.

La concreción de una colusión de esas características pervierte la *ratio essendi* de la «organización pública», pues sus *outputs decisionales* tienden a priorizar la realización de los *private purposes*. Expresado de otro modo: los *public purposes* pasan a jugar un papel secundario en la actividad orgánica<sup>158</sup>, pues, en esta situación, la «organización pública» deja de “rastrear” –de manera ininterrumpida– el interés general de los ciudadanos (*öffentliches Interesse*), y sus procedimientos tienden a ser operados a partir de intereses privados que no pueden ser públicamente considerados en el proceso de toma de decisión pública<sup>159</sup>. La ilicitud, en ese caso, no está en la consideración organizacional de un interés privado, sino en hacerlo fuera de las «reglas del juego»<sup>160</sup>. Ello no significa, con todo, que la noción de *interés público*<sup>161</sup> anula –*per se*– el *interés privado*, sino que implica la

---

<sup>158</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; Palifka, Bonnie. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. 2. Ed. Cambridge University Press, 2016, p. 46.

<sup>159</sup> LESSIG, Lawrence. “Institutional Corruptions”. *Edmond J. Safra Working Papers*, No. 1, 2013, pp. 14-16.

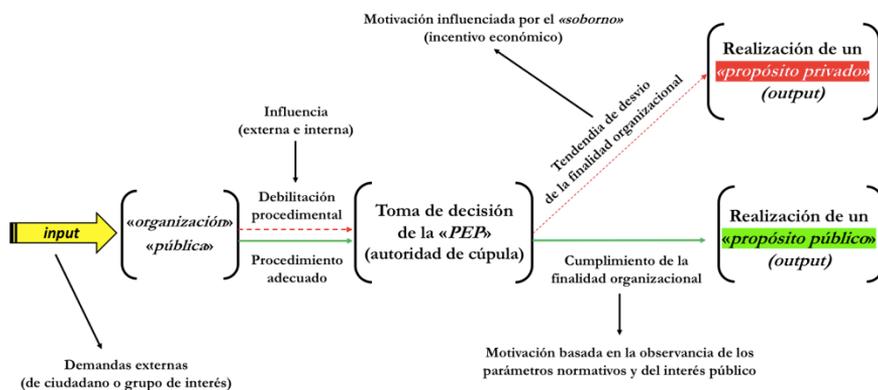
<sup>160</sup> THOMPSON, Dennis. *Ethics in Congress: from individual to institutional corruption*. New York: Brookings Institution Press, 1995, pp. 28-29.

<sup>161</sup> En la doctrina administrativista prevalece la concepción de que el interés público es un *concepto jurídico indeterminado*, de manera que el legislador y el administrador público tienen la responsabilidad pública de identificarlo e implementarlo en la comunidad política, siendo del poder judicial la competencia de evaluar la correcta identificación y satisfacción jurídica del interés. *Cfr.* LOPEZ CALERA, Nicolás. *El interés público: entre la ideología y el Derecho*. Anales de la cátedra Francisco Suárez 44 (2010), p. 123-148.

protección y realización de un mayor número de intereses privados que estén garantizados por un programa normativo-constitucional<sup>162</sup>.

Por lo tanto, el nudo del problema no está referido a *si habrá un output decisional*, sino a *cómo ese decisum va a ser tomado*. En ese sentido, Johnston<sup>163</sup> ha sido enfático: lo que está en juego son los “detalles” los *outputs* organizacionales: si se financiará un programa, se adjudicará un contrato, se declarará a un grupo exento de impuestos o se cambiarán las reglas de un programa. La gravedad de ello puede ser aún más compleja si la *tendencia de desvío hacia los private purposes* se manifiesta en varios núcleos de poder (*ejecutivo, legislativo, y judicial*) del Estado Democrático de Derecho.

**Figura 2** – Tendencia de desvío de la finalidad organizacional en el escenario



**Fuente:** Creación propia.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

<sup>163</sup> JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 60-61,

Cuando ello sucede, el *interés privado* –como bien lo ha dicho THOMPSON<sup>164</sup>– *es como un virus*, y la «corrupción» *como una «enfermedad del cuerpo político»*. Ello porque la estabilización de la *tendencia de desvío* significa que la debilitación y frustración de los procesos que realizan los *public purposes* se han extendido de uno para varios de los órganos del cuerpo político<sup>165</sup>. Y ello, sin lugar a duda, pone en jaque la lógica funcional del Estado de Derecho y el proceso democrático como un todo, ya que, en esa situación, la construcción del orden social –y de las propias «reglas del juego»– es resultado de la contaminación inadecuada de lo público por lo privado<sup>166</sup>.

Siendo esto así, surgen tres situaciones. *La primera* es la *vigencia social de la (des)confianza ciudadana* en la realización de tareas confiadas a cargos públicos relevantes. Por ello, muchos ciudadanos pasan a expresar “*no poder esperar nada*” –o “*casi nada*”– no solo de gran parte de las PEPs (que actúan de modo solepsista) sino también de las «organizaciones públicas» (que tienden al desvío de finalidad y al olvido de su *true north*)<sup>167</sup>.

*La segunda situación* es el *fenómeno del «mercado de la influencia» dirigido a la «captura del Estado»*<sup>168</sup>, ya que –en las mencionadas circunstancias– se crean “oportunidades públicas” para que el interés privado de algunas

---

<sup>164</sup>JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 60-61.

<sup>165</sup> *Ibidem*.

<sup>166</sup> THOMPSON, Dennis. *Ethics in Congress: from individual to institutional corruption*. New York: Brookings Institution Press, 1995, 27-28.

<sup>167</sup> NEWHOUSE, Marie. “Institutional corruption: a fiduciary theory”. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, v. 23, n. 3, 2014, p. 564.

<sup>168</sup> HELLMAN, Joel; et al. “Seize the State, Seize the Day: State Capture, Corruption and Influence in Transition”. *World Bank Policy Research Working Paper* 2444, 2000, p. 3.

personas y *stakeholders* del *establishment* determinen –bajo el pago de soborno– el sentido del actuar decisional de PEPs, que juegan un papel fundamental en la conformación de leyes, decretos, y reglamentos de su interés.

La *tercera situación*, por fin, es la contingencia de los *state-routinized crimes*<sup>169</sup>, etiqueta utilizada por BARAK<sup>170</sup> para designar una variación de *criminalidad organizada* concretada en la cúpula del propio Estado, y cuya semántica alcanza aquellas prácticas legales (*e.g.* políticas públicas, leyes, y actividades organizacionales rutineras), pero que son construidas bajo la infracción de *la normatividad fiduciaria* propia de las PEPs, y así, generan una oleada de *daños sociopolíticos* (*e.g.* desvío y escasez de los recursos necesarios para el costeo servicios esenciales) y *beneficios privados a personas y stakeholders* (*e.g.* altos cargos, “cabilderos” o *lobbyists*, financiadores de campañas electorales, personas y grupos vinculados a todas las áreas de negocio).

En esencia, el solapamiento de esas tres circunstancias es lo que – desde un punto de vista fenoménico– pone de relieve el grado de relevancia del problema público que está inmediatamente asociado a la condición de riesgo de las PEPs.

---

<sup>169</sup> BARAK, Gregg. *Routledge international handbook of the crimes of the powerful*. New York. Routledge, 2015, introducción (part VIII).

<sup>170</sup> *Ibidem*.

### 3. El problema público mediato (riesgo prospectivo)

Si por un lado la condición de las PEPs *está inmediatamente vinculada a la corrupción política*, por el otro ella está mediatamente vinculada al *riesgo de «blanqueo de capitales»*, o, como prefiero, de *«desconexión informacional de activos ilícitos»*. El razonamiento que está por de ello es que, una vez recibido el soborno que consuma el proceso de «corrupción política» (*problema retrospectivo*), surge la contingencia de que PEPs busquen la vía bancaria para logran disimular –por vía de desconexión informacional– el origen de ese activo (*problema prospectivo*). En ese momento, no analizaré en qué consiste tal práctica, sino poner de relieve el *por qué* de su contingencia.

Pues bien, en mi opinión, ese movimiento hacia la concreción del «blanqueo de capitales» es una necesidad intensificada por la configuración social en la que el capital rige el sistema político<sup>171</sup>, y en donde la tarea de recaudación estatal<sup>172</sup> es garantizada mediante el monitoreo de la dinámica económico patrimonial de los ciudadanos<sup>173</sup>. En ese escenario, las herramientas estatales de vigilancia y control convierten el «blanqueo de capitales» en una *conditio sine qua non* a las

---

<sup>171</sup> En esta tesis doctoral la expresión «*sistema político*» traduce un conjunto de interacciones políticas que se orientan hacia la distribución autoritaria de valores a una sociedad (*authoritative allocation of values*). Según la literatura, tal distribución es autoritaria, pues: (i) ella es determinada por una *autoridad competente y debe ser respetada* por toda la sociedad, y (ii) normativamente el sistema prevé sanciones válidas para las conductas divergentes. Cfr. EASTON, David. “An approach to the analysis of political systems”. In: *World Politics*, v. 9, n.º. 3, 1957, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, pp. 383-400.

<sup>172</sup> Aquí me refiero específicamente a la recaudación fiscal. Los principales ejemplos de dicha estrategia están en la política de los impuestos: *Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI)*, *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF)*; *Impuesto sobre Sociedades (IS)*; *Impuesto sobre transacciones financieras (ITF)*; etc.

<sup>173</sup> La expresión alcanza dos ámbitos: las *actividades económicas*, y el *patrimonio* de las personas físicas y jurídicas (dentro o fuera del sistema financiero).

PEPs que se benefician de activos recibidos a título de soborno y no quieran ser constatados en los mapas de control fiscal<sup>174</sup>.

La razón de ello es que, *sin una justificación informacional válida* para el incremento del volumen de su dinámica económico patrimonial, las autoridades y organizaciones (públicas o privadas) podrán (des)confiar y constatar que el origen de ello es una trama de «corrupción política». Siendo esto así, la utilización de un activo recibido a título de soborno sin la desconexión informacional propia de los procesos de «blanqueo de capitales», expone las PEPs a los riesgos de: (i) *detección fiscal* del aumento injustificado de su patrimonio; (ii) *difusión mediática* y destaque de tal hecho; (iii) *fomento de la (des)confianza* en torno del origen de su patrimonio<sup>175</sup>; (iv) “*elucidación*” *extrajudicial de la infracción de la normatividad fiduciaria* que torno posible el proceso «corrupción política»; (v) el *decomiso* del producto de la «corrupción política», sujeción a la persecución y *atribución de responsabilidad* política, administrativa y/o penal.

La concreción de cualquiera de los mencionados riesgos no solo perjudica la fruición integral de la ganancia ilícita, como también debilita la imagen pública de las PEPs, y eso –sin lugar a duda– implica la inmediata pérdida de confianza ciudadana, y su sujeción a dos

---

<sup>174</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 53-99.

<sup>175</sup> En el escenario político, por ejemplo, los intereses conflictivos entre distintos partidos tornan la información publicada en los periódicos en un arma potente a la afectación negativa de la imagen de ejerciente del ejerciente de una función de interés público. Por eso, la vinculación de una PEP al recibimiento de soborno pone en riesgo, no solo su reputación, sino también su estabilidad funcional (además de la responsabilidad administrativa y penal). ZAMORA MEDINA, Rocío. *El candidato marca: cómo gestionar la imagen del líder político*. Madrid: Fragua, 2009. p. 45 ss.

modalidades de *accountability*. La primera es la *societal vertical*<sup>176</sup>, que se configura cuando movimientos de ciudadanía se manifiestan socialmente para rechazar el actuar ilícito de las PEPs y exigir su punición. La segunda, a su vez, es la «horizontal», y se configura con la investigación, persecución y efectiva punición del ejerciente de la función pública relevante por iniciativa de otras autoridades que gozan de estatus jerárquico igual o superior<sup>177</sup>.

Así las cosas, el *riesgo prospectivo* que conforma el problema público que está *mediatamente* vinculado a la condición de las PEPs tiene un gran potencial dañino, pues su realización –*como se verá en los capítulos siguientes*– no solo elude los mecanismos de control formal, como (i) permite la *desconexión informacional* entre el activo recibido a título de soborno y la colusión que lo generó, y (ii) evita la *accountability* que podría disuadir la repetición sistémica de la desviación fiduciaria y la atribución de responsabilidad (política y jurídico penal) a quienes han incumplido con los deberes que (pre)determinan el sentido del ejercicio de la función pública.

#### 4. Balance

Aunque los dos problemas públicos vinculados a la condición de riesgo de las PEPs sean distintos, ellos deben ser visualizados como

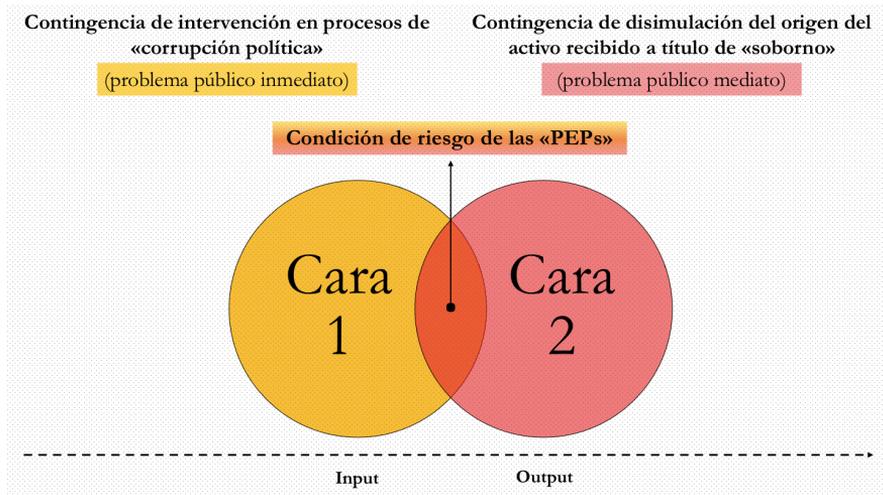
---

<sup>176</sup> SMULOVITZ, Catalina; PERUZZOTTI, Enrique. “Societal accountability in Latin America”. *Journal of Democracy*, v. 11, n. 15, pp. 147-158.

<sup>177</sup> O'DONNELL, Guillermo. “Horizontal accountability and new polyarchies”. In: SCHEDELER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*. London: Lynne Rienner, 1999, pp. 29-52.

«hermanos siameses»: ambos están orgánicamente unidos bajo una retroalimentación que los hace fenoméricamente dependientes e indisolubles<sup>178</sup>. Por ello, la condición de riesgo de las PEPs debe ser interpretada como un riesgo único, pero con “doble cara”.

**Figura 3** – La “doble cara” de la condición de riesgo de las PEPs



**Fuente:** Creación propia.

La *cara 1* corresponde al proceso de *«corrupción política»* que puede haberles permitido el recibimiento de activos ilícitos a cambio de infracción de la *normatividad fiduciaria (problema público retrospectivo u inmediato)*. La *cara 2*, a su vez, corresponde al movimiento dirigido al uso de los servicios bancarios para la *«desconexión informacional»* propia del proceso de *«blanqueo de capitales»*, acto que les permitirá la “deslocalización” y el blindaje necesario para que ellas disfruten de los

<sup>178</sup> Al respecto, pero con aproximaciones distintas: CHAIKIN, David; SHARMAN, Jason. *Corruption and money laundering: a symbiotic relationship*. Palgrave Macmillan: New York, 2009, pp. 164 y ss. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie. *Corruption and government*. 2a. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 363 y ss.

activos recibidos a título de «soborno» (*problema público prospectivo o mediato*).

## CAPÍTULO III

### Las especies de PEPs

#### 1. Introito

Tras la delimitación del núcleo conceptual de la condición de riesgo de las PEPs y de los «problemas públicos» que conforman el *riesgo de doble cara* vinculado a ella, subyace la *sensación inmediata* de que –en esencia– el campo semántico de esa condición comprende apenas los ejercientes de funciones públicas relevantes. *Esa es una percepción equivocada.*

Alrededor de quienes están en una posición fiduciaria, siempre van a gravitar otras personas que pueden *facilitar* o *influir* el (in)cumplimiento de la *normatividad fiduciaria* que impide la desviación de sus *obligatory purposes*. Y ello, sin lugar a duda, es un *dato sensible* a terceros interesados en manipular –por vía de captura económica– la decisión pública.

A decir verdad, hay PEPs que no están en la cúpula de una «organización pública». Es más, algunas de ellas están fuera de este ambiente funcional. La causa de ello es que –desde un punto de vista fenoménico– la captura económica que precede al ya mencionado

*riesgo de doble cara*<sup>179</sup> puede ser realizada desde distintos ámbitos *intra* y *extra* organizacionales.

Siendo esto así, me parece adecuado delimitar en este capítulo un sistema de clasificación de las especies de PEPs a partir de un criterio central: el factor de involucramiento personal de la persona con la situación decisional que da lugar a la corrupción política. En particular, delimitaré dos especies de PEPs: (i) las *PEPs por función* y (ii) las *PEPs por relación*. Además de ello, haré una aproximación a un género paralelo: las *Wirtschaftlich Exponierte Personen* (personas económicamente expuestas).

## 2. Las PEPs por función

El campo semántico de las PEPs por función comprende los *fiduciarios destacados*, es decir: las personas que –*a causa de la confianza pública*– están investidas de la autoridad formal para decidir –desde la cúpula de una «organización pública»– sobre asuntos cruciales (i) al *interés general* de los ciudadanos (*public purposes*) y (ii) a los *intereses particulares* de determinadas personas y *stakeholders pressures* (*private purposes*), especialmente los *grupos de presión*, es decir: actores que se organizan y utilizan sus recursos para influenciar las políticas nacionales de acuerdo con sus intereses<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> Me refiero a la «corrupción política» (*cara 1 – riesgo retrospectivo*) y el «blanqueo de capitales» o, como prefiero, «desconexión informacional de activos» (*cara 2 – riesgo prospectivo*).

<sup>180</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 154.

En general, la visualización del riesgo inherente a esta especie de PEPs no es una tarea difícil. Aquí, lo que fomenta la *captura económica* del actuar funcional es justamente el *pedigrí fáctico* que explica su autoridad normativa y su poder para imponer un coste o atribuir un beneficio a los demás<sup>181</sup>. Por poner dos ejemplos:

*Ejemplo 1:* la ejecución de la agenda pública de un gobierno democrático depende de «coaliciones»<sup>182</sup> que formen la mayoría necesaria para: (i) *aceptar* la configuración de su contenido, (ii) *aprobar* el presupuesto público de su financiación, y (iii) *aprobar* las leyes u otros actos normativos capaces de adecuarla a la realidad social. En estas situaciones, la adhesión –o el rechazo– a dicha coalición se determina por el *decisum fiduciario* de las personas que ejercen las funciones parlamentarias y de dirección político-partidaria<sup>183</sup>.

*Ejemplo 2:* La ejecución de la actividad empresarial depende – en gran medida– de factores (pre)determinados por el gobierno y por las «organizaciones públicas» de su entorno. En regla, el “actuar” empresarial está sujeto, *e.g.*, a decisiones públicas que: (i) *autorizan* el inicio y desarrollo de la actividad, (ii) *regulan* los parámetros de riesgo que permiten su realización lícita, (iii) *declaran* la conformidad del *ambiente y de la dinámica organizacional* al riesgo que está jurídicamente permitido por el Estado; (iv) *aplican, reducen o exentan* tributos<sup>184</sup>, (v) *estructuran y resuelven* procesos de licitación que permiten su contratación por el Estado<sup>185</sup>. En tales situaciones, la satisfacción –o no– de los intereses empresariales se determina por el *decisum de fiduciarios* que actúan en la cúpula de distintas «organizaciones públicas».

---

<sup>181</sup> HINSCH, Wilfried. “Justice, legitimacy and constitutional rights”. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, v. 13, n. 1, 2010, pp. 38-39.

<sup>182</sup> Sobre ello, fundamental: STRØM, Kaare; MÜLLER, Wolfgang. “The keys to togetherness: Coalition agreements in parliamentary democracies”. *The journal of legislative studies*, 2007, v. 5, n. 3, pp. 255-282; CHEIUB, José Antonio; PRZEWORSKI, Adam; SAIEGH, Sebastian. “Governs de coalizão nas democracias presidencialistas e parlamentaristas”. *Revista Dados*, 2002, v. 45, n. 2, pp. 187-218.

<sup>183</sup> *E.g.*, «caso Mensalão».

<sup>184</sup> *E.g.*, «caso Zelotes».

<sup>185</sup> *E.g.*, «caso Odebrecht».

Pues bien, de estos dos ejemplos subyace que –desde un punto de vista fenoménico– el pago del soborno solo tiene sentido cuando la persona que lo reciba esté investida de la autoridad y del poder necesarios para *decidir directamente* sobre cada uno de estos asuntos de interés político o empresarial. El fundamento de ello es *jurídico formal*: en regla, el factor que sensibiliza la captura económica de la motivación y del sentido del actuar de esa especie de PEP es justamente la dependencia del *stakeholders* a la competencia decisional propia de la *función* que ella desempeña. Al fin y al cabo, eso es lo que incrementa la contingencia o proximidad del daño fiduciario, es decir: la *desviación* de los «obligatory purposes».

Así las cosas, propongo que la etiqueta PEP *por función* deba ser utilizada para designar la *modalidad propia de exposición política al riesgo personal de doble cara*, ya que esa situación es inherente a las *funciones clave* en el *puzzle* de los procesos de «corrupción política». Sin embargo, también me parece adecuado incluir en esta especie de PEPs aquellas personas que *podrán* ejercer la función. Dicho con otras palabras: la *virtualidad* (posibilidad o inminencia) de ocupación de una función pública relevante también debe ser considerada como factores de exposición al *riesgo de doble cara*. El fundamento de ello es empírico<sup>186</sup>.

---

<sup>186</sup> Tal dato ha sido corroborado por PEPs y empresas involucradas en el «caso Odebrecht», que ha desvelado esa “estrategia” de financiación de campañas electorales en casi todos los países de Latinoamérica. En España, esa situación ha sido objeto del *Caso Gürtel*. Cfr. VALARINI, Elizangela; POHLMANN, Markus. “Organizational crime and corruption in Brazil a case study of the ‘Operation Carwash court records’”. *International Journal of Law, Crime and Justice*, v. 59, 2019, pp. 11 y ss. En el mismo sentido: cfr. SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo, et al. *The “lava jato” network: corruption and money laundering in Brasil*. Global Observatory of Transnational Criminal Networks, n. 29, 2018, pp. 11 y ss; MARTÍNEZ ENCARNACIÓN, Kenyi. “Dinero, poder y política: financiamiento electoral como clave en la influencia de Odebrecht en Perú y México”. *Politai: Revista de Ciencia Política*, n. 18, 2019, pp. 128-168.

Por veces, la *financiación lícita* de una campaña electoral está motivada por un *fin ilícito*: garantizar la *captura económica previa* del actuar de quien podrá desempeñar la función clave para el *pacto colusorio* que realiza intereses privados<sup>187</sup>. De ahí la pertinencia de considerarlas como «PEPs por función», pues en ese caso la exposición *ex ante* al *riesgo de doble cara* se determina únicamente por la función que ellas van a ejercer *ex post*.

### 3. Las PEPs por relación

Desde un punto de vista fenoménico, quienes interactúan con las «PEPs por función» de manera continuada pueden *facilitar* o *influir* la desviación de sus *obligatory purposes*: dato que también es sensible en el proceso de captura económica del actuar del ejerciente de la pública. Precisamente por ello, el campo semántico de las «PEPs por relación» no comprende las personas que ocupan un cargo público relevante, sino las personas que mantienen *lazos relacionales* con ellas.

Al respecto, me parece fundamental incorporar al análisis de esta especie de PEPs los aportes de FLANNIGAN<sup>188</sup>. Según él, las personas que mantienen algún lazo relacional —para fines particulares o para la realización de una tarea— *confían entre sí*. Sin embargo, *esa confianza no es uniforme*. En realidad, ella puede ser de *dos tipos*.

---

<sup>187</sup> En ese sentido, cfr. MICHENER, GREGORY; Pereira, Carlos. “A great leap forward for democracy and the rule of law? Brazil’s Mensalão trial”. *Journal of Latin American Studies*, v. 48, 2012, pp. 477-507.

<sup>188</sup> FLANNIGAN, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 9, n. 3, 1989, pp. 286-287.

*El primero* recibe la etiqueta de *deferential trust* (confianza ‘deferente’), y comprende las relaciones en las que una persona *confía en otra* (i) de manera personal, (ii) sin restricciones y (iii) sin inhibiciones. La base de ello es *puramente subjetiva*, y puede ser el sentimiento de *intimidad* (causado por la percepción del afecto de la otra persona) de *seguridad* (debido a la percepción de la preocupación de la otra persona), o de *necesidad, dependencia o sumisión* (en situaciones específicas).

En tales casos, el lazo de confianza podrá ser *mediato* (resultado de una interacción continuada a lo largo de un período de tiempo), o surgir de *inmediato*, por fuerza de factores de impacto instantáneo (*e.g.* el conocimiento de la otra persona, el cargo que ella ocupa, la experiencia práctica que ella posee). En estas circunstancias, quien confía “deferirá” al *juicio* o a la *solicitud* de la persona de confianza<sup>189</sup>, y tal deferencia podrá ser de carácter *total, parcial, o para una situación concreta*.

*La segunda especie de confianza*, a su vez, recibe la etiqueta de *vigilant trust* (confianza ‘vigilante’), y comprende las relaciones en las que tal lazo relacional no subyace de una percepción subjetiva, sino de interacciones o causas *objetivo-formales* (ej. relación laboral, relación técnico-profesional). En ese caso, pese a la existencia de un núcleo básico de confianza (que está referido a la capacidad laboral y al conocimiento técnico), prepondera la (des)confianza en el actuar de la otra persona.

En consecuencia, ello implica un relacionamiento basado en el actuar *cauteloso y atento*, es decir: vigilante con lo que puede pasar. Por

---

<sup>189</sup> FLANNIGAN, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, 1989, p. 287.

consiguiente, tal relación no funciona a partir de la *deferencia* o *vulnerabilidad situacional*<sup>190</sup>, y en lugar de la *confianza sin reservas*, lo que se espera (expectativa) es que ella actúe con fidelidad al criterio causador de la confianza. Según FLANNIGAN<sup>191</sup>, tanto en la *deferential trust*, como en la *vigilant trust* la “persona de confianza” puede (i) abusar de esa condición, (ii) actuar a nombre de quien confía en ella sin la observancia del cuidado debido o con indiferencia, (iii) estar movida por el propio interés.

De ese modo, el traslado de tal *input* al objeto de la presente investigación facilita la identificación de tres subespecies de «PEPs por relación» que interactúan a partir de estos dos tipos de confianza. Me refiero a las «PEPs por relación intraorganizacional» y las «PEPs por relación extraorganizacional»: etiquetas para designar la *modalidad propia de exposición política al riesgo personal de doble cara*. Vamos a verlas.

### 3.1 Las PEPs por relación intraorganizacional»

El hecho de que las PEPs por función puedan –además de decidir– *influir* el actuar funcional de quienes ocupan posiciones inferiores a la suyas (*influencia vertical o top-down*) significa, al revés, que en determinadas circunstancias ellas también pueden sufrir alguna *influencia* de tales personas (*influencia vertical o botom-up*).

---

<sup>190</sup> FLANNIGAN, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, 1989, p. 287.

<sup>191</sup> *Ibidem*.

En ese caso, quienes ocupan una posición organizacional de *rango intermedio (middle-ranking)* podrá ser “influenciado” o “influenciador”, principalmente en las dinámicas que –por implicaren el manejo de información sensible a los *obligatory purposes* de la organización– dan causa a un relacionamiento diario con los cargos de cúpula. Así pues, la *regla* es que la relación entre las *PEPs por función* y las *PEPs relación extraorganizacional* esté basada en la *vigilant trust*.

Sin embargo, la contingencia de la *influencia* podrá ser mucho mayor cuando exista el ya mencionado *sistema de lealtades verticales*<sup>192</sup>. En esa situación, la cercanía derivada del *micro canal de confianza* entre la PEP por función y algunos subordinados estratégicos en la organizacional (la PEP por relación) genera el lazo de la *deferential trust*, lo que designa la tendencia de convergencia y complicidad funcional entre tales personas.

Pese a ello, tal lazo relacional expone a quienes están organizacionalmente subordinados a las a tres situaciones. La *primera* es la *instrumentalización interna*, es decir: cuando la PEP por función paga incentivos económicos a quien ocupa cargo público de posición intermedia (PEPs por relación) con el objetivo de que tal persona actúe en favor de sus intereses (captura por vía de subordinación *top-down*), convirtiéndola –bajo el abuso propio de las relaciones de *deferential trust*– en su *longa manus*.

En esa hipótesis, la persona subordinada podrá intermediar prácticas de «corrupción extorsiva» en desfavor de persona o *stakeholder* que posea interés en la decisión pública de la PEP por función, y podrá –

---

<sup>192</sup> Sobre ello, cfr. el análisis del *Capítulo segundo*.

incluso— convertirse en la «beneficiaria formal» de los activos ilícitos (*output extorsivo*) para facilitar la consumación de la ganancia ilícita. O sea: en un primer momento, los recursos de ese proceso de «corrupción» van a ser *recibidos* y *bancarizados* a nombre de la PEP por relación (que llaman menos la atención del entorno sociopolítico por no poseer la relevancia funcional de quienes están en la cúpula organizacional).

En momento ulterior, con todo, estos activos van a ser *transferidos* a una cuenta bancaria (probablemente extranjera y de titularidad de una «compañía offshore») controlada bajo sigilo por la PEP por función. ¿El objetivo de ello objetivo? Eludir —por medio de desconexión informacional— los controles formales capaces de identificar la PEP por función como «beneficiaria final» del pago de soborno que fue “bancarizado”<sup>193</sup>.

La *segunda situación*, a su vez, designa una situación bastante diversa: la PEP por relación podrá utilizar —por iniciativa propia— el acceso a informaciones sensibles y el dato inherente a su “relación cercana” con la PEP por función (autoridad decisional) para *crear oportunidades* de recibir incentivos económicos de un *stakeholder* a cambio de *influnciar* o manipular el actuar decisional del fiduciario. En esa hipótesis, la inclusión de la PEP por función en la colusión va a ser construida poco a poco, dentro del *microcanal de confianza* vigente.

Por otro lado, también existe la posibilidad de que la PEP por relación utilice su lazo relacional con la PEP por función con el objetivo de

---

<sup>193</sup> Sobre la dinámica de ese flujo de capitales “bancarizados”, *cf.* BRITAIN-CLAIN, Willian. *Offshore: The dark side of the global economy*. New York: Picador, 2005, pp. 149 y ss.

reforzar o fortalecer su propio “poder oculto”. En especial, aquel que está referido a la capacidad de influir en procedimientos organizacionales que no están comprendidos por la competencia formal de quienes ocupan cargos de cúpula en la «organización pública». En esa hipótesis, el funcionario de rango intermedio va a ser el protagonista de la colusión.

En general, eso suele pasar cuando el pago del soborno tiene el objetivo de evitar o alargar el proceso de aplicación de la normativa que debe incidir sobre las actividades cotidianas del *stakeholder*. Es decir: aquí no hay la «corrupción política», propia del *fenómeno del «mercado de la influencia» dirigido a la «captura del Estado»*<sup>194</sup> y protagonizada por la PEP por función, sino la «corrupción administrativa» vinculada a casuísticas de repercusión “micro”<sup>195</sup>. Aún así, las personas que dirigen tal práctica (las PEPs por relación) siguen dependiendo de la supervisión –y del hilo de confianza– que las conectan con sus superiores jerárquicos.

Por ello, es alta la probabilidad de esa subordinación fáctico organizacional determine la distribución de parte de los sobornos recibidos a las PEP por función. ¿La razón de ello? Evitar la interrupción y punición interna de ese desvío funcional<sup>196</sup>. Siendo esto

---

<sup>194</sup> HELLMAN, Joel; et al. “Seize the State, Seize the Day: State Capture, Corruption and Influence in Transition”. *World Bank Policy Research Working Paper* 2444, 2000, p. 3.

<sup>195</sup> En cuanto a ello, estoy alineado al sentido de «corrupción administrativa» que ha sido delineado por Hellman *et al.*, y que designa la distorsión –a causa del pago de soborno– de la implementación y aplicación de las reglas, procedimientos y políticas oficiales de una organización pública. Cfr. HELLMAN, Joel; et al. “Seize the State, Seize the Day”: State Capture, Corruption and Influence in Transition”. *World Bank Policy Research Working Paper* 2444, 2000, p. 3.

<sup>196</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie. *Corruption and government*. 2a. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 37.

así, tienen razón ROSE-ACKERMAN y PALIFKA<sup>197</sup> cuando remarcan que los funcionarios que no ocupan una posición de cúpula también pueden figurar como protagonistas de procesos de «corrupción» que fluyen desde fuera hacia adentro de las «organizaciones públicas».

La *tercera situación*, por fin, corresponde a la posibilidad de *instrumentalización externa* de las PEP por relación a causa de su sensibilidad a los incentivos económicos de personas y *stakeholders* que van a ser afectados por el *output decisional* de la «organización pública». En ese caso, quien ejerce la función de jerarquía intermedia recibe un pago de soborno a cambio de dos acciones alternativas. De un lado, ellas podrán *influir* —a partir de lazo de confianza— la motivación y el sentido del *decisum fiduciario* de la PEP por función. Expresado de otro modo: se trata de una *captura por vía de persuasión bottom-up* basada en la inversión de la *vigilant trust*, excepto si la interacción está comprendida en la dinámica del sistema informal de lealtades verticales, ya que, en esa hipótesis, la influencia estará configurada a partir de la ambivalencia de la *deferential trust*. Del otro, ellas podrán *facilitar* la aproximación colusoria entre la PEP por función» y el tercero interesado (*captura por vía de aproximación*)<sup>198</sup>.

Por tanto, mi propuesta es que la etiqueta *PEPs por relación intraorganizacional* deba ser utilizada para designar la *modalidad impropia de exposición política al riesgo personal de doble cara*. Con ello, tal condición alcanza a las personas que — pese a no reunieren las cualidades propias

---

<sup>197</sup> *Ibidem*.

<sup>198</sup> SØREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. “Corruption in State Administration”. *Yale Law & Economics Research Paper* n. 529, p. 2-4.

del cargo público relevante— se destacan por la relación de cercanía que —en regla— tiene como base el lazo de *deferential trust* con las PEPs por función: dato que es sensible a los terceros interesados y *stakeholders*. Eso es lo que les permite que ellas puedan *facilitar* e *influir* una decisión clave en el puzle de la «corrupción política», y la vez, *protagonizar* prácticas de «corrupción administrativa».

### 3.2 Las «PEPs por relación extraorganizacional»

Fuera de las «organizaciones públicas» también hay personas que pueden *facilitar* o *influir* la desviación de las PEPs por función de los *obligatory purposes* y de la normatividad fiduciaria que limita su actuar. En particular, me refiero a quienes se relacionan con ella a causa de lazos *familiares, afectivos, políticos, de negocios, o técnico profesional* que les permiten una interacción cercana y basada en la lealtad.

Hay *dos razones* para ello. A la luz de los *inputs* de FLANNIGAN<sup>199</sup>, subyace que los supuestos de cercanía y lealtad son propios de la *deferential trust*, y en ese caso, el núcleo esencial de la relación es la *deferencia* de la persona que confía al juicio o solicitud la persona confiada, y ello, conforme a lo anterior, está fundado en razones de orden subjetiva: factor que incrementa la capacidad de abuso de confianza.

Ahora bien, si añadimos a este dato un aporte de la psicología

---

<sup>199</sup> FLANNIGAN, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, 1989, p. 287.

cognitiva<sup>200</sup>, la justificación de la contingencia de riesgo se torna más compleja. Ello porque las evaluaciones subjetivas en torno de «*lo que se pasa*» y de «*lo que se debe hacer*» tienden a determinarse por las impresiones positivas propias de la confianza que subyace de los mencionados lazos relacionales. Según KAHNEMAN<sup>201</sup>, las impresiones dan causa a lo que se denomina *priming effect*: una exposición a un estímulo que acaba por influenciar una respuesta a un estímulo subsecuente.

De esa manera, la idea que subyace de la impresión de quien confía en determinada persona determina el actuar de quien confía<sup>202</sup>, y ello es válido tanto para comprender la influencia de la PEP por función en el actuar de las PEP por relación extraorganizacional, y al revés, la influencia de estas últimas en el actuar de aquellas. Además de ello, esa situación embute el denominado «*efecto halo*»: sesgo que «aumenta la significación de las primeras impresiones, a veces hasta el punto de que la información siguiente sea mayoritariamente despreciada<sup>203</sup>».

Desde un punto de vista normativo, ese dato repercute con mucha potencia en uno de los casos de «tensión cognitiva» a los que, por poner un ejemplo, las PEPs por función a un *conflicto*: asumir el coste de cumplimiento de los *obligatory purposes* y de la *normatividad fiduciaria*, o desviarse hacia el beneficio de incumplirlos a cambio de incentivos

---

<sup>200</sup> Al respecto, KAHNEMAN, Daniel. *Pensar rápido, pensar devagar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, 497p.; y STANOVICH, Keith; WEST, Richard. “Individual differences in reasoning: implications for the rationality debate?” *Behavioral and Brain Sciences*, 2000, n. 23, pp. 645–726.

<sup>201</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Pensar rápido, pensar devagar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, 497p.

<sup>202</sup> *Ibidem*, pp. 69-71.

<sup>203</sup> *Ibidem*, pp. 93-95.

económicos. En esa situación, el *input* que fomenta la colusión – aunque claramente ilícito– podrá ser procesado a partir de una sensación de «facilidad cognitiva» que lo convierte en *algo bueno, fácil, familiar y fiable*. ¿La causa de ello? La influencia de las impresiones derivadas del vínculo *familiar, afectivo, político, de negocio o técnico-profesional* que –además de fundados en la *deferential trust*– son alcanzados por el «efecto halo»<sup>204</sup>.

Siendo esto así, la tendencia es que ante a la confrontación entre una *tarea cognitiva exigente* (el cumplimiento de los *obligatory purposes* y de la *normatividad fiduciaria*) y una *tentación* (el desvío influenciado por la persona de confianza) es más probable que el actuar de la PEP (por función o relación) se determine por la *tentación*<sup>205</sup>. Por ello, las PEPs por relación extraorganizacional también pueden jugar un papel fundamental en la dinámica que consolida el incumplimiento.

Ahora bien, aunque tales *inputs* corroboren la contingencia de que tales personas pueden intervenir en las colusiones de «corrupción política»<sup>206</sup>, me parece que un análisis *ex post* no siempre va a poder determinar con certidumbre *cómo eso ha sucedido* en el marco de la *deferential trust*<sup>207</sup>. Es decir: si la desviación funcional ha sido resultado de la influencia de la PEP por relación extraorganizacional, o, al

---

<sup>204</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Pensar rápido, pensar devagar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, pp. 47-48.

<sup>205</sup> *Ibidem*.

<sup>206</sup> JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 60-61,

<sup>207</sup> Eso va en la línea de las ponderaciones de Flannigan acerca del componente normativo de la *influence*, que prohíbe al «fiduciario» abrirse a *inputs* que conllevan el riesgo de creación –aunque inconsciente– de *microcanales de confianza* entre él y un tercero. Cfr. FLANNIGAN, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, 1989, p. 303-304.

revés, si tal persona ha intervenido a causa de la confianza y aceptación sin restricciones del juicio o solicitud de la PEPs por función.

La razón de ello es que, en esa situación, tales personas pueden servir como un *instrumento* para (i) *facilitar* la colusión en si misma, y/o (ii) *eludir* el control formal –substantialmente informacional– capaz de constatar que las «EPs por función son las beneficiarias de las ganancias generadas por el (in)cumplimiento de las normas de *no-conflict* y *no-profit* propias de que componen su *normatividad fiduciaria*<sup>208</sup>.

Precisamente por ello, GREENBERG *et al.*<sup>209</sup> remarcan que la noción clásica de *quienes* están en esa condición de riesgo está en permanente (des)construcción, pues –desde un punto de vista fenoménico– las PEPs por función ya no reciben los *outputs* de los procesos de «corrupción política» por vías que permiten su inmediata vinculación informacional al activo ilícito. Por el contrario: lo que se nota es que, en regla, tal papel es jugado por personas que se vinculan al ejerciente de la función pública por medio del lazo de la *deferential trust*, es decir, las PEPs por relación extra-organizacional.

Según este análisis<sup>210</sup>, la casuística de la «corrupción política» corrobora que –más allá de sus *familiares*– las PEPs por función despistan el rastro informacional que está referido a su desvío de función por medio de la utilización de *personas allegadas*. En especial, aquellas que poseen un vínculo *afectivo* (amigos, parejas), *político* (e.g. persona que

---

<sup>208</sup> Al respecto, *cf.* KIM, Sung Hui. “Fiduciary Law and Corruption”, *UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper* n.º. 18-01, 2018, pp. 18-25.

<sup>209</sup> GREENBERG, Theodor; *et al.* *Politically exposed persons: preventive measures for the banking sector*. Washington: World Bank, 2010, p. 19.

<sup>210</sup> *Ibidem*.

también ejerció o ejerce función destacada en el ámbito organizacional o que ha sido compañero<sup>211</sup> de actividad político organizacional) de *negocios* (e.g. socios, inversores, miembros de consejo de administración) *técnico profesional* (e.g. gerentes de *private banking*, asesores y consultores del campo financiero, contable y jurídico). Estas son las personas que, por ejemplo, suelen figurar como fundadoras y controladoras de (i) compañías *offshore*, (ii) fundaciones, (iii) *trusts*, (iv) entidades ficticias<sup>212</sup> y (v) entramados societarios que –al fin y al cabo– están bajo *control fáctico* de la PEP por función<sup>213</sup>.

Pese a ello, entiendo que no se puede determinar *ex ante* –y de modo taxativo– cuáles son las concretas posiciones de las mencionadas relaciones de confianza, sean ellas de matiz *deferential* o *vigilant*. Esa toma de postura tiene dos fundamentos. *El primero* es que los datos fácticos que permiten la determinación del alcance de tales vínculos –incluyendo el familiar– cambia de acuerdo con las peculiaridades de cada país y de cada sociedad.

Por poner un ejemplo, el alcance del concepto «familia» va a depender de la noción vigente en cada cultura y sociedad, lo que, *per se*, indica la

---

<sup>211</sup> Aquí, utilizo de la unidad lingüística *compañero(a)* para referirme a la «persona que se acompaña con otra para algún fin», siguiendo, en ello, la significación dada por la Real Academia Española.

<sup>212</sup> Al respecto, un estudio del Banco Mundial aclara que las entidades ficticias son una categoría atípica de vehículos corporativos que abarca las empresas unipersonales, las diversas formas de asociaciones y otros equivalentes funcionalmente eficaces. *Cfr.* DOES DE WILLEBOIS, Emile van der; *et al.* *The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*. Washington: World Bank, 2011, pp. 11-16.

<sup>213</sup> Por ello, tiene razón CANASTRI en poner de relieve que –mas allá de las personas físicas– hace falta una mirada hacia las personas jurídicas controladas por quienes están en la condición de «PEP». *Cfr.* CANESTRI, Daniele. “Politically exposed entities: how to tailor PEP requirements to PEP owned legal entities”. *Journal of Money Laundering Control*, v. 22 n.º. 2, 2019, pp. 359-372

complejidad de una determinación externa y *ex ante*. Si nos vamos al análisis de KASLOW<sup>214</sup>, en el campo de la psicología, encontramos que el concepto de «familia» está formado por *nueve tipos*. Son ellos:

1. *Nuclear family*: núcleo familiar de dos generaciones unidas por matrimonio y que han concebido sus propios hijos biológicos.
2. *Extended family*: núcleo familiar de tres y cuatro generaciones.
3. *Foster family*: cuando un núcleo familiar acoge a un menor con el objetivo de ofrecerle un mejor entorno y protección.
4. *Adoptive family*: núcleo familiar birracial y/o multicultural.
5. *Commuter couple family*: un matrimonio entre cónyuges que, a causa de la ubicación de sus trabajos, viven separados, pero que viajan regularmente para estar juntos.
6. *Single-parent family*: núcleo familiar encabezado principalmente por la madre o el padre.
7. *Gay or lesbian couples*: parejas homoafectivas sin –o con– hijos.
8. *Remarried family*: personas que se han vuelto a contraer matrimonio generando las condiciones de padrastro o madrastra y hijastro o hijastra.
9. *Common-law couples*: las “parejas de hecho”, es decir, personas que viven juntas sin vínculos legales entre sí, pero con fuertes compromisos mutuos).

Siendo esto sí, la «indeterminación» del concepto es la vía más adecuada para su tratamiento, aunque ello pueda generar un efecto colateral negativo: la extensión o restricción selectiva de quienes están en tal posición.

*El segundo* fundamento de mi contrariedad a un catálogo taxativo de PEPs por relación es la contingencia de que, una vez establecida tal determinación, las PEPs por función tendrían más certidumbre acerca

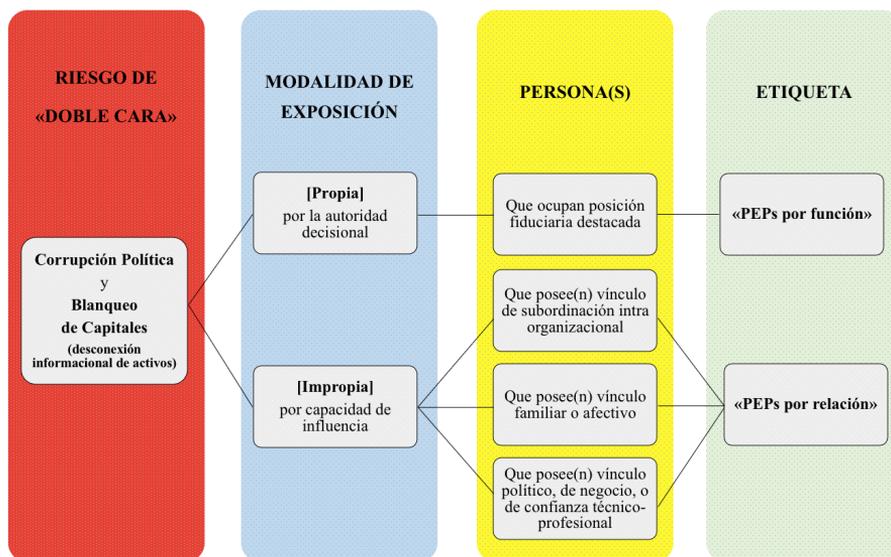
---

<sup>214</sup> KASLOW, Florence Whiteman. “Families and Family Psychology at the Millenium”. *American Psychologist*, v. 56, n. 1, 2002, p. 37.

de las personas que pueden –o no– ser instrumentalizadas para eludir la “lista” fijada *ex ante* por el Estado y operada por los órganos de prevención y control (públicos y privados).

Por tanto, lo que planteo es que las posiciones generadoras de lazos inherentes a la *modalidad impropia de exposición política al riesgo personal de doble cara* (sea por *diferente trust* o *vigilant trust*)<sup>215</sup> deben ser determinadas *ex post*, por la casuística que demanda tal análisis. A continuación, he estructurado una figura esquemática con el fin de condensar y facilitar la visualización de la sistematización global que estoy proponiendo para las distintas especies de PEPs.

**Figura 4 – Sistematización propuesta para las especies de PEPs**



**Fuente:** Creación propia.

<sup>215</sup> FLANNIGAN, Robert. *The fiduciary obligation*. Oxford Journal of Legal Studies, v. 9, n. 3, 1989, p. 287.

#### 4. Las *Economically Exposed Persons*

Aunque yo esté convencido de que solo existan dos especies de PEPs, hace poner de relieve que esa “etiqueta” de riesgo alcanza, apenas, a la dimensión política de la «corrupción». Sin embargo, el enfoque único de quienes ejercen la función pública relevante significaría una selectividad que –además de injustificada– mantendría intocada la dimensión económica del problema público.

Al respecto, ROSE-ACKERMAN<sup>216</sup> remarca la «corrupción política» es un *fenómeno de dos*, pues –desde un punto de vista objetivo– su concreción depende de que las dos partes adhieran a la colusión. Tanto es así, que el Derecho distingue formalmente el soborno “activo” del “pasivo”. El primero está asociado al *briber* (sobornador) y el segundo al *bribee* (sobornado).

Eso no significa, con todo, que el *pago activo de sobornos* es peor que la aceptación del *pago pasivo de sobornos* solicitados o impuestos por una o más PEPs. Ambas prácticas configuran ilícitos jurídico-penales distintos, y la mayoría de las leyes de los países les impone castigos paralelos. Además de ello, ninguna de las partes involucradas en ese tipo de colusión es verdaderamente pasiva, ya que ambas *deben estar de acuerdo* –aunque forzado– con la colusión concretada. Por ello, cuando el desvío conductual de las PEPs es impulsado por la *búsqueda de beneficios económicos*, habrá, invariablemente, el involucramiento de

---

<sup>216</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. “The Law and Economics of Bribery and Extortion”. *Annual Review of Law and Social Science*, 2010, pp. 11-12.

quienes tienen no solo *condiciones materiales* de satisfacer tal pretensión, sino también *el interés para hacerlo*. Esa es la lógica del *win-win*.

Expresado de otro modo: si de un lado, las PEPs que se encargan de la realización del interés público están políticamente expuestas al riesgo de captura económica por parte de determinadas empresas y *stakeholders* interesados en su actuar decisonal, por el otro, los titulares de determinados intereses privados están económicamente expuestos a *la captación política* de datos sensibles y oportunidades de obtención de beneficio económico patrimonial, sea por vía de *colusión consensuada* (venta decisonal), por la vía de *extorsión* (imposición del pago de soborno a cambio de decisión que evitación un coste o pedida de una oportunidad).

En ese caso, por tanto, el dato que determina la sensibilidad al *riesgo de doble cara* no está en el poder político decisonal, sino en el poder económico patrimonial, es decir, el conjunto de bienes y actividades que integran la riqueza de una *persona, empresa o stakeholder* que dependen de la autoridad decisonal de una PEP para la realización los intereses que conforman sus *private purposes*<sup>217</sup>.

Así pues, subyace que además de la *exposición política*, hay una *exposición económica* a la contingencia del *riesgo de doble cara*. Ese es el núcleo esencial que fundamenta la delimitación de un género paralelo a las PEPs: las «*Personas Económicamente Expuestas*», en adelante «PEE». En ese caso, con todo, etiqueta de riesgo no está referida al «*mercado de la*

---

<sup>217</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan, PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. 2. Ed. Cambridge University Press, 2016, pp. 48 y ss.

*influencia» dirigido a la «captura del Estado»<sup>218</sup>. El enfoque, aquí, está puesto en el movimiento de *captación política* de datos sensibles a la creación de “oportunidades” de obtención de ventajas económico-patrimoniales. Y ello, en particular, no es llevado a cabo por los titulares de interés privado, sino por las PEPs que están en la cúpula de las «*organizaciones públicas*» centrales del Estado Democrático de Derecho.*

### **Palabras sobre palabras: las *Wirtschaftlich Exponierte Personen***

Hasta donde alcanzo, el *concepto-etiqueta* de «*persona económicamente expuesta*» no ha sido objeto de regulación internacional. La literatura tampoco lo desarrolló en profundidad. Sin embargo, en la inmersión de esta investigación he encontrado datos que sobre el uso de tal concepto.

En Alemania, algunos de los informes de inteligencia financiera publicados por la *Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen* han distinguido nominalmente las *Politisch Exponierte Personen* de las *Wirtschaftlich Exponierte Personen*<sup>219</sup>. Sin embargo, no hubo especificación del contenido de tal condición de riesgo, mencionada solamente en los *Jahresbericht*, de 2006 a 2015<sup>220</sup>, período en el cual tal órgano formaba parte de la *Bundeskriminalamt*<sup>221</sup>. Pese a ello, he constatado que una distinción similar ha sido adoptada por el Banco Central de Nigeria, siendo ese el único país que –desde 2013– incluye, junto a las PEPs, las *Financially Exposed Persons*<sup>222</sup>, etiqueta que se enfoca en la exposición económica de la alta dirección (*senior*

<sup>218</sup> HELLMAN, Joel; et al. “Seize the State, Seize the Day: State Capture, Corruption and Influence in Transition”. *World Bank Policy Research Working Paper* 2444, 2000, p. 3.

<sup>219</sup> BUNDESKRIMINALAMT. *Jahresbericht 2006*, FIU Deutschland Wiesbaden, 21 de agosto de 2007, pp. 17 y 56.

<sup>220</sup> BUNDESKRIMINALAMT. *Jahresbericht 2006* (pp. 17 y 56); 2007 (pp. 19); 2008 (p. 21); 2009 (pp. 17 y 23); 2010 (p. 22); 2011 (pp. 22-23); 2012 (pp. 26-27); 2013 (pp. 27-28); 2014 (pp. 24-25); 2015 (p. 22).

<sup>221</sup> Desde el 27 de junio de 2017, ese órgano forma parte de la *Generalzolldirektion* (Dirección General de Aduanas), específicamente en la *Zollkriminalamt* (Policía de Aduanas). Sin embargo, su organización y decisiones inherentes a su propósito funcional son determinadas autónomamente. ZOLL, *Die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen*.

<sup>222</sup> CENTRAL BANK OF NIGERIA. *Circular on amendment of Anti-Money Laundering/ CFT Regulation of 2009*, de 3 de mayo de 2013.

*management*) de una empresa en riesgo de «corrupción política», especialmente (i) directores, (ii) subdirectores y (iii) miembros del directorio o funciones equivalentes que no sean de rango medio o menor<sup>223</sup>.

Por otro lado, la literatura tampoco ha dado mucha atención a ello. Hasta el cierre de esta investigación, solo dos voces han arrojado luz sobre el asunto. SOHN<sup>224</sup> –en el año 2008– ha sido el primero en poner de relieve que las personas que ocupan posiciones de cúpula en empresas privadas (*e.g. chief financial officer*) están expuestas al mismo nivel de «corrupción política» que las PEPs.

En el mismo año, CHOO<sup>225</sup> ha remarcado –con base en el caso *AWB oil-for-wheat*<sup>226</sup>– que los directores ejecutivos (*Chief Executive Officers*) de grandes empresas son igualmente vulnerables al riesgo asociado a las PEPs. La causa de ello –según su análisis– es que tal posición organizacional facilita la interacción público privada en torno de la información privilegiada sobre oportunidades de colusión<sup>227</sup>. Ese ha sido el factor que lo llevó a identificarlas –en un párrafo de artículo publicado en el año 2010<sup>228</sup>– como *Financially Exposed Persons*. Fuera de ello, no hubo ninguna manifestación de la literatura al respecto de ese género. En el ámbito internacional, las directrices regulatorias de *hard* y *soft law* no han tratado el asunto. Sin embargo, he constatado que –en el ámbito local– esa distinción ha sido adoptada *ipsis litteris* por el Banco Central de Nigeria: el único país que –desde 2013– incluye junto de las PEPs las *Financially Exposed Persons*<sup>229</sup>.

---

<sup>223</sup> *Ibidem*.

<sup>224</sup> SOHN, *Fighting dysPEPSia*, Money Laundering Bulletin, n. 151, 2008, pp. 3-5.

<sup>225</sup> CHOO, Kim-Kwang Raymond. *Politically exposed persons (PEPs): risks and mitigation*. Journal of Money Laundering Control, v. 11 n. 4, 2008, pp. 383-384.

<sup>226</sup> El caso *AWB oil-for-wheat* desveló una colusión y corrupción entre empresas (principalmente la AWB Ltd.) y el gobierno de Irak (que estaba bajo el control de Saddam Hussein) en el marco del programa *Oil-for-Food*, una política humanitaria de la «ONU». En particular, la selección y contratación de las empresas que participaron del programa eran manipuladas y determinadas por el pago de sobornos. Según el informe de la comisión independiente que evaluó el caso, el gobierno de Irak vendió USD 64,2 billones de petróleo a 248 empresas. Por otro lado, 3.614 empresas vendieron USD 34,5 billones en bienes humanitarios a Irak, siendo constatado el pago (i) de *kickbacks* por petróleo en relación con los contratos de 139 empresas y (ii) “sobornos humanitarios” en relación con los contratos de 2.253 empresas. Al respecto, cfr. UNITED NATIONS. *Independent Inquiry Committee of the United Nations Oil-for-Food Programme Report*, 27 de Octubre de 2005, pp. 1 y ss

<sup>227</sup> CHOO, Kim-Kwang Raymond. “Politically exposed persons (PEPs): risks and mitigation”. *Journal of Money Laundering Control*, v. 11 n. 4, 2008, pp. 383-384.

<sup>228</sup> *Ibidem*. “Challenges in dealing with politically exposed persons”. *Trends & issues in crimen and criminal justice*, n. 368, 2010 p. 6.

<sup>229</sup> CENTRAL BANK OF NIGERIA. *Circular on amendment of Anti-Money*

## 4.1 Justificación para la categorización autónoma

Ahora bien, ¿hay justificación para la categorización autónoma de las PEEs? *La respuesta es afirmativa*. Eso porque, en tales circunstancias, las PEPs utilizan la magnitud y el *pedigrí fáctico* que explica su autoridad normativa<sup>230</sup> para interferir en el escenario de la competencia entre empresas, determinando, así, el modo de constitución y ejercicio del poder económico. Por poner ejemplos, menciono cuatro escenarios de *exposición económica*<sup>231</sup> de *personas, empresas y stakeholders* al riesgo de «corrupción».

El *primer escenario* está referido al ofrecimiento, por parte de una o más PEPs por función, de la “oportunidad” de que el titular del interés privado *influyente* –a cambio de soborno– el proceso de conformación de leyes, decretos, y reglamentos que afectan los *private purposes* de su actividad<sup>232</sup>.

El *segundo escenario*, a su vez, está referido al ofrecimiento de la “oportunidad” de *manipular, evitar o alargar* el proceso de aplicación de normativa que *debe incidir* sobre las actividades rutineras de la

---

*Laundering/ CFT Regulation of 2009*, de 3 de mayo de 2013.

<sup>230</sup> HINSCH, Wilfried. “Justice, legitimacy and constitutional rights”. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, v. 13, n. 1, 2010, pp. 38-39.

<sup>231</sup> Cfr. SØREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. “Corruption in State Administration”. *Yale Law & Economics Research Paper* n. 529, pp. 2 y ss. En el mismo sentido: ROSE-ACKERMAN, Susan. “The Law and Economics of Bribery and Extortion”. *Annual Review of Law and Social Science*, 2010, pp. 11-12.

<sup>232</sup> SALOMON, Lester; SIEGFRIED, John. “Economic Power and Political Influence: The Impact of Industry Structure on Public Policy”. *The American Political Science Review*, v. 71, n.º. 3, 1977, pp. 1026-1043.

empresa<sup>233</sup>. En esa situación, con todo, la autoridad decisional no está en manos de los ejercientes de funciones de “cúpula”, sino de persona subordinada a ellos, es decir: la PEP por relación intraorganizacional que ocupa posición de rango intermedio en la organización pública<sup>234</sup>.

El *tercer escenario*, está referido al ofrecimiento de “oportunidad” de configurar el *output decisional* de determinada «organización pública» conforme al interés privado de empresa o *stakeholder*. En ese caso, con todo, se exige de la PEEEx la realización inmediata de cualquier beneficio económico, pues lo que ha determinado la “apertura” al interés privado ha sido el historial de interacciones entre la cúpula de la empresa, las PEPs y los partidos políticos que gravitan en su entorno, principalmente en lo que se refiere a las financiaciones – realizadas o pendientes– de campañas y actividades político-electorales<sup>235</sup>.

El *cuarto escenario*, por fin, es residual, y está referido a la coyuntura en la que la ausencia de adhesión de la empresa a una de las “oportunidades” mencionadas en los tres escenarios anteriores dificulta la participación de la empresa en procesos de contratación pública cuyo criterio [oculto] de adjudicación es el pago de sobornos y la financiación de actividades y campañas político-electorales.

---

<sup>233</sup> Eso incluye, *e.g.* decisiones sobre: (i) la autorización para el inicio o continuidad regular de una actividad económico empresarial, (ii) la declaración sobre la conformidad del *ambiente y de la dinámica organizacional* al riesgo sectorial que está jurídicamente permitido por el Estado; (iii) la aplicación, reducción o exención de tributos, y (iv) la resolución de procesos de licitación.

<sup>234</sup> Conforme a lo mencionado anteriormente, en esa situación la PEP por función está consciente y se beneficia de ello.

<sup>235</sup> Sobre la repercusión histórica de la financiación empresarial de los partidos políticos en España, incluyendo el «Caso Bárcenas», cfr. MAROTO CALATAYUD, Manuel. *La financiación ilegal de partidos políticos*. Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 21-85.

Así las cosas, el movimiento de *captación política* de datos sensibles a la creación de “oportunidades” genera dos consecuencias. La primera es el “coste adicional” a la actividad empresarial. En ese sentido, por ejemplo, CARTER<sup>236</sup> pone de relieve que –a partir de los datos “conocidos”– la corrupción implica la reducción del 2 al 4 por ciento en las tasas de crecimiento anual de las empresas<sup>237</sup>. La segunda es la *inmediata* relativización de los parámetros legales que regulan la interacción público-privada, y con ello, el *mediato* perjuicio a la libre competencia entre empresas<sup>238</sup>.

Cuando ello sucede, la dinámica económico-empresarial pasa a operar a partir de dos referenciales: (i) el «*código mítico*»<sup>239</sup>, que reúne las *reglas formales* vigentes (pero frecuentemente inobservadas), y el «*código práctico*»<sup>240</sup>, que es compuesto por *reglas informales* que –a pesar de ilícitas– son las que, de hecho, vinculan el actuar público y privado<sup>241</sup>.

---

<sup>236</sup> CARTER, Charles. “Corruption and global governance”. In: HARMAN, Sophie; WILLIAMS, David. *Governing the world? Cases in global governance*. London: Routledge, 2013. p. 64.

<sup>237</sup> *Ibidem*.

<sup>238</sup> VALARINI, Elizangela; POHLMANN, Markus. “Organizational crime and corruption in Brazil a case study of the ‘Operation Carwash’ court records”. *International Journal of Law, Crime and Justice*, v. 59, 2019, pp. 11 y ss. En el mismo sentido: cfr. SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo, et al. “The ‘lava jato’ network: corruption and money laundering in Brasil. *Global Observatory of Transnational Criminal Networks*, n. 29, 2018, pp. 11 y ss; MARTÍNEZ ENCARNACIÓN, Kenyi. “Dinero, poder y política: financiamiento electoral como clave en la influencia de Odebrecht en Perú y México”. *Polítai: Revista de Ciencia Política*, n. 18, 2019, pp. 128-168.

<sup>238</sup> MICHENER, GREGORY; Pereira, Carlos. “A great leap forward for democracy and the rule of law? Brazil’s Mensalão trial”. *Journal of Latin American Studies*, v. 48, 2012, pp. 477-507.

<sup>239</sup> REISMAN, Michel. *Folded Lies: Bribery, Crusades, and Reforms*. New York: Free Press, 1970, pp. 42 y ss.

<sup>240</sup> *Ibidem*.

<sup>241</sup> *Ibidem*.

En ese contexto, el movimiento de la denominada «*ética corporativa*»<sup>242</sup> no pasa de un estándar de *marketing* reputacional con poca capacidad de rendimiento para la prevención del *riesgo de doble cara*. La razón de ello es sencilla: las empresas que toman en cuenta el «*código práctico*» están en situación más favorable a la obtención de contratos públicos, y –por consiguiente– ocupan una posición de ventaja competitiva ante los concurrentes que se guían –exclusivamente– por el «*código mítico*».

## 4.2 Datos sensibles al “triaje político” de la exposición económica

Dicho lo anterior, sostengo –a partir de los análisis de SALOMON *et al.*<sup>243</sup> y HELLMAN *et al.*<sup>244</sup>– que la condición de «*persona expuesta económicamente*» subyace del movimiento político de “triaje” o “captación” de poder económico empresarial que se enfoca en *cinco datos sensibles*.

El *primero* –y principal– es la *capacidad económica de la empresa*. Si la estructura y el volumen de facturación de la actividad empresarial son mayores, probablemente su visibilidad sectorial y poder de mercado

---

<sup>242</sup> FELO, Andrew J. “Ethics Programs, Board Involvement, and Potential Conflicts of Interest. In Corporate Governance”. *Journal of Business Ethics*, v. 32, 2001, pp. 205-218.

<sup>243</sup> SALOMON, Lester; SIEGFRIED, John. “Economic Power and Political Influence: The Impact of Industry Structure on Public Policy”. *The American Political Science Review*, v. 71, n.º. 3, 1977, pp. 1036-1039.

<sup>244</sup> En cuanto a ello, la literatura remarca que ese poder de mercado resulta de la “inelasticidad” de la demanda por la principal línea de productos o servicios de la empresa. HELLMAN, Joel; *et al.* “Seize the state, seize the day: state capture, corruption and influence in transition”. *World Bank, Policy Research Working Paper 2444*: Washington, 2000, pp. 13-14.

también lo serán<sup>245</sup>. En consecuencia, la combinación entre la (i) *percepción política* de ese poder económico empresarial y (ii) *la percepción de la cúpula de la empresa* cuanto al interés político en su actividad acaba por convertir los miembros de su *top management* en “actores sensibles” a demandas y “oportunidades” propias de los procesos de «corrupción política».

Dicha sensibilidad puede agravarse por el propio actuar funcional de los miembros de la cúpula de una empresa. La razón de ello es que, en esa circunstancia, sus interacciones de negocio, la red de clientes, y los eventos sociales a que ellos acuden pueden exponerlos a más “oportunidades” de interacción comunicacional con aquellas PEPs por función que poseen autoridad para decidir sobre asuntos sensibles al desarrollo de la actividad económico empresarial. Por otro lado, si la estructura, la facturación y el poder de mercado son menores, va a ser mayor la probabilidad de que esta exposición económica esté limitada a escenarios de «corrupción administrativa», llevados a cabo por las *PEPs por relación intraorganizacional*.

*El segundo factor es la trayectoria de mercado*<sup>246</sup>. Las empresas que actúan a más tiempo acumulan en su “equipaje” la experiencia de interacciones con PEPs de distintos gobiernos, partidos políticos y organizaciones públicas. En efecto, cuanto más larga sea su la trayectoria de mercado, mayor va a ser la exposición económica de los miembros de su cúpula

---

<sup>245</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>246</sup> Salomon y Siegfried se refieren a los parámetros de *firm size*, *industry size*, y *market concentration*. Cfr. SALOMON, Lester; SIEGFRIED, John. “Economic Power and Political Influence: The Impact of Industry Structure on Public Policy”. *The American Political Science Review*, v. 71, n.º. 3, 1977, pp. 1037-1038. HELLMAN *et al.*, a su vez, se refiere a la noción de *market power*. Cfr. HELLMAN, Joel; *et al.* “Seize the state, seize the day: state capture, corruption and influence in transition”. *World Bank, Policy Research Working Paper 2444*: Washington, 2000, pp. 13-14.

a demandas e influjos del entorno político. Ahora bien, si la empresa – al revés– tiene una corta trayectoria de mercado, pero ostenta un poder económico significativo, los miembros de su cúpula podrán sufrir una exposición económica igual o superior a los demás.

El fundamento de ello es que –en esa hipótesis– la tendencia en la percepción de tal poderío fomente en las PEPs ofrecerles (i) “atajos” para expandir su actividad, u (ii) “oportunidades” para garantizar la asignación de un beneficio o evitar la imposición de un coste. ¿La condición? La adhesión, por vía de soborno(s), al *puzzle* del «código práctico»<sup>247</sup>. En ese caso, la menor trayectoria de mercado implica la menor posibilidad de negociar la exención o reducción del *quantum corruptivo*, que funcionará como una “inversión” en la expansión de la propia actividad<sup>248</sup>.

*El tercer factor es el origen público de la empresa o de la competencia para la prestación de sus servicios.* La unidad lingüística «privatización» designa que algo ha dejado de ser público a través de *dos modos*<sup>249</sup>. El *primero* es la transferencia de la propiedad. O sea: empresas y activos [del Estado] pasan a formar parte del patrimonio de un actor privado [empresa o grupo empresarial]<sup>250</sup>. El *segundo*, a diferencia, es la transferencia de competencia para ejecutar determinada actividad o servicio. En esa hipótesis, los procesos de realización del servicio o actividad sufren una *transformación*: ellos dejan estar de inmediatamente referidos a *public*

---

<sup>247</sup> REISMAN, Michel. *Folded Lies: Bribery, Crusades, and Reforms*. New York: Free Press, 1970, pp. 42 y ss.

<sup>248</sup> HELLMAN, Joel; *et al.* “Seize the state, seize the day: state capture, corruption and influence in transition”. *World Bank, Policy Research Working Paper 2444*: Washington, 2000, pp. 13-14.

<sup>249</sup> KAY, John A; THOMPSON, David J. “Privatization: a policy in search”. *The Economic Journal*, v. 96, n. 381, 1986, p. 18.

<sup>250</sup> *Ibidem*, pp. 18-19.

*purposes*, y pasan a ser realizados a partir de *private purposes* propios de la escena empresarial<sup>251</sup>.

Ahora bien, ¿por cuál razón este *proceso de origen* puede incrementar la exposición económica de la cúpula de una empresa? La respuesta a ello puede ser encontrada en los análisis sociopolíticos<sup>252</sup> que arrojan luz a un hecho: desde hace mucho la «privatización» y «políticas de poder» van de la mano. Aunque el origen de ese asunto suele estar asociado a la ideología neoliberal de las décadas de 1970 y 1980, su germen es otro<sup>253</sup>.

En particular, se puede afirmar –con base en el paradigmático análisis de BEL<sup>254</sup>– que el origen de esa vía interacción entre PEPs y la cúpula del poder económico empresarial subyace de la política implementada a lo largo de la década de 1930 en Alemania, por el Partido Nacionalsocialista. En ese contexto, el término *reprivatisierung* –que ha sido trasladado a la literatura de lengua inglesa como *reprivatization* y posteriormente reducido a *privatization*<sup>255</sup>– surgió para designar la

---

<sup>251</sup> DOMBERGER, Simon; *et al.* “Competitive tendering and efficiency: the case of refuse collection”. *Fiscal Studies*, v. 7, n. 4, 1987, pp. 69 y ss.

<sup>252</sup> Al respecto, *cfr.* BEL, Germà. “Retrospectives: the coining of "privatization" and germany's national socialist party”. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 20, n. 3, 2006, pp. 187-194.

<sup>253</sup> En cuanto a ello, Bel pone de relieve que el punto de partida de la privatización suele estar referido a las políticas implementadas en las décadas de 1970 y 1980 por los gobiernos de Chile y Reino Unido. *Cfr.* BEL, Germà. “Against the mainstream: nazi privatization in 1930s Germany”. *The Economic History Review New Series*, v. 63, n. 1, 2010, pp. 34-35.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>255</sup> Según Bel, la *reprivatisierung* alemana ha sido objeto de atención de la literatura que trató de la política económica Nazi a mediados de la década de 1930 y a principios de la de 1940. En particular, el traslado de ese término a la literatura de lengua inglesa sucedió en 1936, bajo la etiqueta *reprivatization*, y pronto los académicos pasaron a referirse a tal acción política utilizándose del término *privatization*. *Cfr.* BEL, Germà. “Against the mainstream: nazi privatization in 1930s Germany”. *The Economic History Review New Series*, v. 63, n. 1, 2010, pp. 34-35.

acción del gobierno alemán de (re)privatizar –por vía de venta– la propiedad de bancos y empresas públicas (e.g. ferrocarriles, líneas navales, minería, acero)<sup>256</sup> que habían sido objeto de nacionalización en la crisis de la “gran depresión” económica.

Lo que me interesa aquí es destacar que *esa iniciativa estuvo asociada a tres objetivos políticos*: (i) beneficiar a los sectores empresariales más ricos de la sociedad alemana, (ii) mejorar la posición de mercado de grupos empresariales cercanos a las PEPs de estaban en la cúpula gubernamental, e (iii) incrementar el apoyo de la élite económica al gobierno nacionalsocialista.

*Mutatis mutandis*, aunque la «privatización» contemporánea esté vinculada a agendas de la economía neoliberal, su impacto es tan dañino cuanto a la *reprivatisierung* que conformaba la “economía privatizada” por interferencia política del nacionalsocialismo alemán. Eso se debe, principalmente, a las interacciones perversas que resultan de la combinación entre el ejercicio de la autoridad decisional discrecional de algunas de las PEPs que conducen tales procesos y la falta de transparencia adecuada a su ejecución.

En ese sentido, HOLMES<sup>257</sup> afirma –con fundamento en datos empíricos– que el hecho de que una o más PEPs favorezcan ilícitamente al *stakeholder* que vence un proceso de privatización implica la creación de *dos situaciones nuevas*. La *primera* es la oportunidad para que las PEPs exijan o pidan [repetidamente] sobornos por haber

---

<sup>256</sup> BEL, Germà. “Against the mainstream: nazi privatization in 1930s Germany”. *The Economic History Review New Series*, v. 63, n. 1, 2010, p. 35.

<sup>257</sup> HOLMES, Leslie. “Corrupción, Estados débiles y racionalismo económico en Europa central y oriental”. *Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas* (GAPP), n. 21, 2001, p. 136.

logrado tal resultado (situación de dependencia). La *segunda* es el establecimiento de un *microcanal de confianza* que permita la comunicación permanente y “oculta” entre las PEPs por función y determinados miembros de la cúpula de la empresa<sup>258</sup>. Siendo esto así, el argumento económico<sup>259</sup> de que la reducción del Estado implica la reducción substancial de oportunidades de «corrupción política» no queda en pie. En tales circunstancias, como bien ha remarcado ROSE-ACKERMAN<sup>260</sup>, la tendencia es que ellas aumenten o *migren hacia nuevos ámbitos*. Dicho con otras palabras: *la privatización no cierra, sino que abre las puertas para la colusión*.

Por tanto, las cúpulas de *empresas privadas de origen pública* tienden a mantener “deudas políticas” y lazos comunicacionales con las PEPs del gobierno, de los partidos políticos y de las organizaciones públicas que intervinieron en el proceso de «privatización» que les ha beneficiado, y eso –sin lugar a duda– incrementa la exposición económica de algunos de sus miembros.

*El cuarto factor es la fusión empresarial*. En general, la unión de dos o más empresas que se fusionan tiene como causa técnica (pública) la

---

<sup>258</sup> *Ibidem*.

<sup>259</sup> En estudio seminal del *Fondo Monetario Internacional*, Tanzi sostiene que la mejor política para reducir la corrupción es la reducción de las oportunidades de participar en ella, y que ello significa reducir el papel del gobierno en la economía. El fundamento de ello es que en sociedades donde los contactos estrechos [entre grupos del poder político y grupos poder económico] tienden a personalizar la mayoría de las relaciones, el mayor papel del Estado designa la mayor probabilidad de que las acciones e instrumentos públicos van a ser utilizados por las PEPs para favorecer a grupos particulares de PEEs, y a ellas mismas, lo que, en efecto, incrementa el costo del gobierno y disminuye la capacidad estatal para corregir deficiencias de mercado. *Cfr.* TANZI, Vito. “Corruption, Governmental Activities, and Markets”. *IMF Working Paper*, 1994, p. 15.

<sup>260</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan. “¿Una administración reducida significa una administración más limpia?” *Nueva Sociedad*, n. 145, 1996, p. 2.

constatación de intereses comunes en torno de determinada actividad sectorial. Sin embargo, la literatura<sup>261</sup> destaca que –desde un punto de vista económico– los procesos de fusión se determinan por *dos aspectos*: (i) la *exclusión de barreras de entrada*, es decir: obstáculos que dificultan el ingreso de las empresas en determinado mercado<sup>262</sup> y (ii) la *reducción de los costes operacionales y fiscales de la actividad*.

En un escenario “postfusión”, la cúpula de la empresa cuenta, no solo con *más poder económico visible a su entorno político*, sino también con un mayor número miembros de cúpula que han interactuado con PEPs (del gobierno, de partidos políticos y de organizaciones públicas) que sabe pueden decidir o influenciar la flexibilización de algunas barreras de entrada y reducir determinado coste fiscal. Así las cosas, la fusión maximiza, no solo la visibilidad de la empresa, sino también la exposición económica de los miembros de su cúpula a ofertas de “oportunidades” y *extorsión*<sup>263</sup> para obtener un beneficio de mercado.

Por fin, *el quinto factor es la (in)seguridad jurídica en torno del derecho, contracto u situación jurídica de la empresa con el Estado*. Todo aspecto jurídico que afecta la estabilidad de la actividad económico empresarial puede ser captada por las PEPs como un *dato sensible*. En esa hipótesis, ellas

---

<sup>261</sup> DEMSETZ, Harold. “Barriers to entry”. *The American Economic Review*, v. 72, n. 1, 1982, pp. 47-57. MCAFEE, R. Preston; *et al.* “What is a barrier to entry?” *The American Economic Review*, v. 94, n. 2, 2004, pp. 461-465.

<sup>262</sup> McAfee *et al.* especifican dos tipos de barreras. La primera (*barrera de entrada principal o primary barrier*) es un costo que, *per se*, impide la entrada de la empresa en el mercado. La segunda (*barrera de entrada auxiliar o ancillary barrier*) es un costo que no constituye una barrera de entrada *per se*, pero refuerza otras barreras de entrada que están presentes. Cfr. MCAFEE, R. Preston; *et al.* “What is a barrier to entry?” *The American Economic Review*, v. 94, n. 2, 2004, pp. 463-464.

<sup>263</sup> Al respecto de la extorsión, cfr. GREEN, Stuart. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno: una teoría moral de los delitos de cuello blanco*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 280-281; SØREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. “Corruption in State Administration”. *Yale Law & Economics Research Paper* n. 529, p. 2 y ss.

pueden aprovecharse del acceso privilegiado a tala información para ofrecer a los miembros de la cúpula de la empresa afectada la “oportunidad” –a cambio de soborno– de una colusión que favorezca la reversión o paralización del nudo de la inseguridad (*e.g.* por medio de modificación de ley o reglamento sectorial, intervención política en revisión técnica o decisión administrativa sobre el contenido de un contrato o las consecuencias de su incumplimiento, e incluso el cambio de interpretación jurídico administrativa).

## 5. Balance

De lo anterior subyace que una aproximación adecuada al *riesgo de doble cara* debe considerar la condición de la PEP como un género que comporta dos especies: las PEP por función, que están investidas de la autoridad decisional, y las PEP por relación (intra o extra organizacional), quienes podrán –en determinadas circunstancias– *facilitar o influenciar* el desvío de los *obligatory purposes* y de la normatividad fiduciaria que (pre)determinan el actuar de quien ocupa el cargo público.

Además de ello, siendo la corrupción un problema de *dos partes*, la sistematización propuesta considera a las «personas económicamente expuestas» como un género paralelo a las PEPs, y cuyo campo semántico comprende a todas aquellas personas que –*por su poder económico-patrimonial*– están más expuestas a pretensiones ilícitas (y lícitas) de “financiación” de intereses privados.

## **SEGUNDA PARTE**

La estandarización de las PEPs como un factor de *riesgo alto*  
a los bancos

## CAPÍTULO IV

El germen fenoménico de la inclusión de los bancos en la  
escena del riesgo prospectivo de las PEPs

### 1. Introito

De la *summa* analítica registrada en la *Parte I* subyace el convencimiento de que la etiqueta “PEPs” debe ser interpretada como una *condición de riesgo único*, pero con “*doble cara*”. En este capítulo, me enfocaré apenas en la contracara referente al *riesgo prospectivo*, es decir: la probabilidad de que las PEPs realicen la *desconexión informacional* (o «*blanqueo*») de aquellos activos que han sido canalizados a título de «soborno». ¿Cómo? Por medio de la intervención de los bancos.

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento fenoménico de ello? La respuesta a esta cuestión depende del enfrentamiento preliminar de otras *dos interrogantes*. *Primera*: ¿Qué significa la contracara del mencionado riesgo prospectivo? *Segunda*: ¿Por qué los «bancos» juegan un papel fundamental en ello? Esa es la panorámica del análisis venidero.

## 2. ¿Cuál es el significado fenoménico del «riesgo prospectivo» de las PEPs?

El *riesgo prospectivo* asociado al estatus funcional de las PEPs tiene gran intuición: siempre que tales personas reciban activos a título de «soborno» habrá la contingencia de que ellas “bancaricen” y “deslocalicen” tal ganancia por medio de un proceso de «*desconexión informacional de la ilicitud de activos*» («blanqueo de capitales»).

Ello subyace de la combinación de dos factores. De un lado, está el óbice a la fruición plena<sup>264</sup> de un beneficio económico ilícito<sup>265</sup>. Del otro, el recelo de que ese incremento patrimonial carente de justificación lícita cause (des)confianzas, reclamos de *accountability* (societal<sup>266</sup> y horizontal<sup>267</sup>) e investigaciones con capacidad de desvelar la colusión ilícita que está por detrás de ello.

Por consiguiente, la realización del mencionado *riesgo prospectivo* presupone dos hechos. De un lado, la contraposición solesista de la PEP a las instituciones de un determinado *entorno de coexistencia*

---

<sup>264</sup> Al respecto, Martínez remarca que en los supuestos de “blanqueo” el cometimiento de la infracción penal que genera el *output* económico patrimonial tiene el propósito de generar la obtención previa de bienes susceptibles de valoración económica, o la obtención póstuma de un beneficio económico (e.g. la adquisición de unos bienes). MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Wilson Alejandro. *La Investigación Moderna del Lavado de Activos*. UNODOC: Bogotá, 2016, pp. 7-8.

<sup>265</sup> En particular, los delitos que pueden subyacer de la infracción de las *prophylactic rules* propias de la posición de las PEPs: (i) el cohecho pasivo y subsiguiente; (ii) la malversación; (iii) tráfico de influencias; (iv) alteración de precios en subastas públicas; (v) fraudes y exacciones ilegales.

<sup>266</sup> SMULOVITZ, Catalina; PERUZZOTTI, Enrique. “Societal accountability in Latin America”. *Journal of Democracy*, vol. 11, 14: 147-158.

<sup>267</sup> O'DONNELL, Guillermo. “Horizontal accountability and new polyarchies”. In: Schedeler, Andreas; *et al.* *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*. London: Lynne Rienner, 1999. p. 29-52.

*democrática* que ha sido conformado *por –y para–* los *public purposes*<sup>268</sup>. Del otro, la ejecución de un «proceso»<sup>269</sup> que *se califica por cuatro puntos*:

1. Suceder *ex post facto*<sup>270</sup> y no existir *per se*, pues –por detrás de él– siempre habrá un fenómeno anterior: la «corrupción política» que consumó la infracción de la *normatividad fiduciaria*<sup>271</sup>;
2. Permitir la “deslocalización” –*por vía de desconexión informacional*– del rastro que permite el conocimiento público del origen ilícito de determinado(s) activo(s) económico patrimonial(es)<sup>272</sup>;
3. Sujetar el éxito de dicha desconexión a la *atribución de apariencia de licitud suficiente* para eludir la constatación pública del vínculo entre el activo sometido a desconexión (“blanqueo”) y la desviación del actuar de la PEP. De lo contrario, van a estar perjudicadas las posibilidades

---

<sup>268</sup> LAKATOS, Eva Maria. *Sociologia Geral*. 6ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1990, pp. 63 y ss.

<sup>269</sup> Sobre la concepción del “blanqueo” como un proceso orientado a un fin *cfr.* BERMEJO, Mateo G. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*. Barcelona: Marcial Pons, 2015, pp. 112-113; CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Colex: Madrid, 1998, pp. 48-55; BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 107; MARTÍNEZ SÁNCHEZ *et al.* *Sistemas de prevención de lavado de activos y de financiación del terrorismo*, Bogotá: Legis, 2014, pp. 1-2.

<sup>270</sup> PLATT, Stephen. *Criminal Capital: How the Finance Industry Facilitates Crime*. São Paulo: Cutrix, 2017, p. 50.

<sup>271</sup> En esa línea, Martínez remarca que el «blanqueo de capitales» está fenoménicamente asociado a la concurrencia de dos actividades criminales: (i) el delito que genera el *output* económico patrimonial y (ii) el proceso de encubrimiento del origen de ese *output*. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Wilson Alejandro. *La investigación moderna del lavado de activos*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODOC): Bogotá, 2016, pp. 7-8.

<sup>272</sup> En ese sentido, Oswald subraya que –desde de una perspectiva fenoménica– no tiene otro sentido que el de preservar y sacar provecho del *output* económico patrimonial que es producto de la infracción penal. *Cfr.* OSWALD, Katharina. *Die implementation gesetzlicher Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*. Freiburg: Iuscrim, 1997, p. 281.

de fruición amplia de ese capital en el circuito económico patrimonial controlado por los Estados<sup>273</sup>;

4. Materializarse como un *devenir*, pues –*ex ante*– no se puede prever con seguridad cuándo el activo ilícito congregará las informaciones necesarias para “llegar a ser” aparentemente lícito desde un punto de vista jurídico formal. La percepción del éxito en la desconexión es un dato subjetivo y de difícil constatación, lo que, por consiguiente, impide la predicción sobre cuál será el punto de llegada de ese proceso. De ese modo, la falta de *certidumbre subjetiva* acerca del éxito de esa *desconexión informacional* señala la probabilidad de que las PEPs siempre podrán alargar un poco más el *iter*<sup>274</sup> de ese proceso. ¿El objetivo de ello? Obtener el mayor distanciamiento objetivo formal entre el activo que está bajo su dominio y la colusión que lo generó<sup>275</sup>.

Así pues, de la conjunción de estas *cuatro peculiaridades calificadoras* subyace el convencimiento de que –desde una perspectiva *ex ante*– la complejidad y la extensión del proceso que realiza el mencionado *riesgo prospectivo* no obedece a un estándar. Su conformación va a depender de los *inputs fácticos* (i) de su entorno social (*e.g.* probabilidad de detección y punición de la infracción fiduciaria) y (ii) del volumen de los activos que han determinado la captura económica y desviación de

---

<sup>273</sup> En ese sentido, Blanco Cordero pone de relieve que lo que define el “blanqueo” es justamente la integración del bien de origen delictivo en el sistema económico legal, lo que, por supuesto, depende de exista una “apariencia” de que tales activos hayan sido obtenidos de forma lícita. *Cfr.* BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 107.

<sup>274</sup> CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. Colex: Salamanca, p. 98-99.

<sup>275</sup> En cuanto a ello, Ambos subraya que ese proceso continuo sirve para alejar –al máximo– el objeto sometido a blanqueo de su origen ilegal. *Cfr.* AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e Direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 25.

la *normatividad fiduciaria* que establece los límites subjetivos del actuar decisonal de las PEPs. De ahí la poca capacidad de rendimiento de un modelaje de *fases estáticas* para explicar la dinámica de tal fenómeno<sup>276</sup>.

### Palabras sobre palabras: el modelaje de fases estáticas

Son múltiples los esfuerzos de la literatura para explicar el desarrollo del «blanqueo de capitales» (desconexión informacional de activos) por medio de distintos «modelos de fases». A título de ejemplo, menciono: (i) *Zwei-Phasen-Modell* (o “modelo de dos fases”), propuesto por Paolo Bernasconi<sup>277</sup>; (ii) *“Zyklusmodelle”* (o “modelo de ciclos”), propuesto por André Zünd<sup>278</sup>; (iii) *“Zielmodelle”* (o “modelo de destinación”), propuesto por Jürg-Beat Ackermann<sup>279</sup>; y (iv) *“modelo de cuatro fases”*, propuesto por Pietro del Pino *et al*<sup>280</sup>. Pese a ello, lo que se nota es que, en general, la literatura adhiere al “modelaje trifásico” avalado por un organismo internacional: el «GAFI». Esa óptica comprende que el “blanqueo” se conforma en una secuencia estática de tres fases: (i) *placement*, (ii) *layering*, e (iii) *integration*.

De entrada, hace falta una aclaración. Ese “modelaje” suele ser referenciado como “del” «GAFI»<sup>281</sup>, sin embargo, no ha sido ese organismo el responsable por su concepción. A decir verdad, quien lo propuso fue el «U.S.

<sup>276</sup> En la literatura española, las críticas más potentes a los modelos de fases son ofrecidas por ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 41-42; CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. Colex: Salamanca, 1998, p. 78.

<sup>277</sup> BERNASCONI, Paolo. *Finanzunterswelt: Gegen Wirtschaftskriminalität und organisiertes Verbrechen*. Berlín: Orell Füssli Verlag, 1988, pp. 30 y ss.

<sup>278</sup> ZÜND, André. *Geldwäscherei: Motive - Formen - Abwehr*, in: Schweizer Treuhänder, 1990, pp. 403 y ss.

<sup>279</sup> ACKERMAN, Jürg-Beat. *Geldwäscherei-money laundering: eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1992, pp. 18 y ss, citado expresamente en el "Botschaft" sobre la ley federal suiza sobre blanqueo de capitales en el sector (Geldwäschereigesetz, GwG), 1996, pp. 1104-1105.

<sup>280</sup> PIETRO DEL PINO, Ana María; García Magna, Deborah Isabel; Martín Pardo, Antonio. “La desconstrucción del concepto de blanqueo de capitales”. *InDret*, n. 3, 2010, pp. 6 y ss.

<sup>281</sup> A título de ejemplo: Blanco Cordero se refiere a “la clasificación del Grupo de Acción Financiera (GAFI)”. *Cfr.* BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 75. En la misma línea, Aránguez Sánchez se refiere al “modelo de tres fases del GAFI”. *Cfr.* ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 40-41.

Department of the Treasury», en octubre de 1989, por medio de un informe dirigido al «GAFI» y en el cual constaba las constataciones empíricas de los expertos de la «President´s Commission on Organized Crime»<sup>282</sup> y de la ya extinta «U.S. Custom Service». Ese ha sido el primer documento que utilizó el modelaje trifásico *placement-layering-integration* para referirse – específicamente– a la dinámica de “bancarización”<sup>283</sup> y de “blanqueo” de los flujos de capitales fraccionados y en efectivo del *drug trade*<sup>284</sup>.

Ahora bien, pese a la amplia aceptación de ese “modelaje trifásico”, su contenido no está exento de debilidades. La principal de ellas es que su configuración analítica sugiere que el «blanqueo de capitales» involucra un procedimiento estándar. Su base es la premisa de que la concreción de ese proceso *cumple un ciclo único*, lo que acaba por emitir el mensaje de que – fenoménicamente– el proceso de desconexión entre un activo y determinada práctica delictiva siempre pasa por el mismo rito<sup>285</sup>. En consecuencia, aquellas actividades que no poseen las características delimitadas en ese “ciclo típico” se quedan fuera del control estatal, a ejemplo de lo que ha pasado –y en cierta medida sigue pasando– con las *criptomonedas*.

Esa opacidad también puede agravarse a causa de documentos y directrices de organismos internacionales, así como de órganos de justicia criminal y de

---

<sup>282</sup> La Comisión funcionó en Estados Unidos entre julio 1983 y octubre de 1984, por orden del entonces presidente Ronald Reagan. Cfr. *Executive Order 12435 – President´s Commission on Organized Crime*.

<sup>283</sup> En ese sentido, cfr. HEIMANN, Fritz; PIETH, Mark. *Confronting Corruption: past concerns, presents challenges, and future strategies*. New York: Oxford University Press, 2018 pp. 126-127.

<sup>284</sup> WELLING, Sarah. “Money Laundering and the Federal Criminal Law: The Crime of Structuring Transactions”. *Florida Law Review*, v. 41, n. 2, 1989, pp. 287-343.

<sup>285</sup> Al respecto, merece la pena transcribir *ipsis litteris* la narración de «GAFI»: *How is money laundered? In the initial - or placement - stage of money laundering, the launderer introduces his illegal profits into the financial system. This might be done by breaking up large amounts of cash into less conspicuous smaller sums that are then deposited directly into a bank account, or by purchasing a series of monetary instruments (cheques, money orders, etc.) that are then collected and deposited into accounts at another location. After the funds have entered the financial system, the second - or layering - stage takes place. In this phase, the launderer engages in a series of conversions or movements of the funds to distance them from their source. The funds might be channeled through the purchase and sales of investment instruments, or the launderer might simply wire the funds through a series of accounts at various banks across the globe. This use of widely scattered accounts for laundering is especially prevalent in those jurisdictions that do not co-operate in anti-money laundering investigations. In some instances, the launderer might disguise the transfers as payments for goods or services, thus giving them a legitimate appearance. Having successfully processed his criminal profits through the first two phases the launderer then moves them to the third stage - integration - in which the funds re-enter the legitimate economy. The launderer might choose to invest the funds into real estate, luxury assets, or business ventures. FATF. “What is Money Laundering?” Disponible en: <<https://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/>>*

unidades inteligencia financiera que, en el intento de consolidar una “tipología” del “blanqueo”, inciden en el mismo error: la descripción de esa práctica delictiva como un fenómeno estático<sup>286</sup>.

Así pues, ese modelaje ignora el hecho de que –fácticamente– las metodologías de «blanqueo de capitales» (desconexión informacional de activos) están en constante transformación, pues, al fin y al cabo, los avances de inteligencia financiera y la expansión regulatoria sobre esa práctica son *inputs* que, *per se*, intensifican la “necesidad de adaptación” de los “blanqueadores” a los cambios de su entorno<sup>287</sup>. De ahí el riesgo de que la noción estandarizada que subyace del “modelaje trifásico” sea obsoleta. Aún así, hace falta reconocer que esa aproximación ha ejercido la importante función de “quitar el velo” de un problema público que, anteriormente, era discutido a partir de generalidades, abstracciones y divergencias: cambio que, de alguna manera, ha permitido el perfeccionamiento de las políticas públicas de prevención.

### 3. ¿Por qué los «bancos» juegan un papel fundamental en ello?

El título del presente capítulo señala la existencia de un *germen fenoménico* que incluye a los «bancos» en la escena del riesgo prospectivo que está vinculado a la condición de PEPs. Al respecto, la literatura<sup>288</sup>

---

<sup>286</sup> PLATT, Stephen. Platt, Stephen. *Criminal Capital: How the Finance Industry Facilitates Crime*. São Paulo: Cutrix, 2017, p. 51.

<sup>287</sup> En ese sentido, Bermejo afirma existir un “efecto readaptación” que supone un aprendizaje y adaptación permanentes a los cambios en el entorno y en las estrategias (delictivas y regulatorias). Así, cuanto más novedosas sean las técnicas utilizadas, mayores posibilidades tendrá de pasar inadvertido ante los órganos de persecución penal y de beneficiarse de alguna posibilidad. *Cfr.* BERMEJO, Mateo G. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*. Barcelona: Marcial Pons, 2015, pp. 125-126.

<sup>288</sup> Al respecto, *cfr.* PLATT, Stephen. Platt, Stephen. *Criminal Capital: How the Finance Industry Facilitates Crime*. São Paulo: Cutrix, 2017, pp. 126-127; BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. Granada: Comares, 1999, p.7-8; KIDWAY, Anwar Jamal. “Money laundering and the role of Banks”. *Pakistan Horizon*, v. 59, n. 2, 2006, pp. 43-47. pp. 126-152;

y los organismos no gubernamentales<sup>289</sup> convergen cada vez más en el convencimiento de que –en regla– el lastro probatorio de los de casos de «corrupción política» desvela que los «bancos» juegan un papel tan fundamental en ello que, desde un punto de vista fenoménico, su involucramiento en la realización de tal riesgo es prácticamente inevitable<sup>290</sup>. La cuestión es: *¿por cuál razón ello es así?*

Empiezo a contestar a esta pregunta señalizando que –*im weiteren Sinne*– la sensibilidad de los bancos a tal nudo subyace de que su principal *obligatory purpose* es la realización de todo tipo de operaciones con activos financieros (*e.g.* transferencia, depósito, préstamos, inversión, cambio)<sup>291</sup>. Y ello, por supuesto, implica algún riesgo de intervención en operaciones con activos de procedencia ilícita.

En mi opinión, con todo, la adjetivación de ese “papel” como un dato “fundamental” al mencionado riesgo prospectivo subyace, *im enteren Sinne*, de tres peculiaridades que, en unívoco, convierten los bancos en un *medio de paso casi obligatorio* a los flujos de soborno que las beneficia. Son ellas: (i) *la fluidez transfronteriza de los servicios bancarios*; (ii) *la offshoring*

---

<sup>289</sup> En ese sentido, menciono, ejemplificativamente: WILLEBOIS, Emile van der Does de; *et al.* *The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*. World Bank: Washington, 2011; GLOBAL WITNESS. *Banks and dirty money*. London, 2015. pp. 1-27; *Ibidem*, *Undue diligence: how banks do business with corrupt regimes*. London: 2009, pp. 3-123. FITZGIBBON, Will. *Unchecked by global banks, dirty cash destroys dreams and lives*. ICIJ, 2020; CHAVKIN, Sasha; MARCANO, Patricia. *How banks helped Venezuela's 'boligarchs' extract billions*, ICIJ, 2020; TRANSPARENCY INTERNATIONAL. “Oops! Banks did it again”, análisis publicado en: 25 de septiembre de 2020; *Ibidem*, “Fincen files leak is more stark evidence of the UK's role in global money laundering and corruption”, análisis publicado en 20 de septiembre de 2020. MARCUS, Abigail; Martini, Maira. “Central bank governance and the prevention and detection of corruption”. Berlin: *Transparency International*, 2019, pp 1-10.

<sup>290</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. Granada: Comares, 1999, p.8.

<sup>291</sup> *Ibidem*.

financiera, y (iii) los *weak points* de los servicios de *private banking* y *wealth management*. Vamos a verlos.

### 3.1 La fluidez transfronteriza de los servicios bancarios

No cabe ninguna duda de que el núcleo central del incremento de la complejidad y contingencia del *riesgo prospectivo* de las PEPs fue –y sigue siendo– la «fluidez transfronteriza» de los servicios bancarios. Aunque ese dato parezca obvio, hace falta remarcar que su presencia no siempre ha sido una condición inmanente a los *crimes of the powerful*<sup>292</sup>. En realidad, eso solo ha sucedido bajo el *Zeitgeist* que conformó el fenómeno de integración y globalización económicas<sup>293</sup>.

En cuanto a ello, SILVA SÁNCHEZ<sup>294</sup> ha puesto de relieve, desde el inicio del milenio, que la delincuencia de la globalización es –*im weiteren Sinne*– económica o, en todo caso, *lucrativa*. Ahora bien, en el caso de los bancos, la visualización de qué es lo que genera tal provecho exige una

---

<sup>292</sup> Al respecto, ROTHE y KAUZLARICH sostienen que el verdadero marco potencia de los *powerful crimes* ha sido la agenda neoliberal conformada en el escenario de globalización, con énfasis en los escenarios de *privatización*, los *mercados abiertos*, la *desregulación de corporaciones* y la *transfusión de políticas económicas*. Cfr. ROTHE, Dawn; KAUZLARICH, David. *Crimes of the powerful: an introduction*. New York: Routledge, 2016, p. 92 y ss.

<sup>293</sup> Para Cruz Padiá, “el proceso de globalización económica está representado, fundamentalmente por tres conceptos: liberalización de los mercados de comercio de mercancías; liberalización del mercado de capitales y una revolución en las comunicaciones; y en la tecnología informática. Todo lo cual equivale a afirmar que el proceso de globalización consiste en una integración progresiva de la economía nacional en la internacional, de forma que su evolución depende cada vez más del mercado externo y no de la política nacional interna”. Cfr. CRUZ PADIAL, Ignacio. “Globalización Económica: Sinónimo de desnaturalización tributaria”, *Crónica Tributaria*, n. 109, 2003, p. 59.

<sup>294</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2a. ed. Madrid: Civita, 2001, p. 83.

aproximación al giro fáctico que ellos han experimentado a causa de la globalización.

Ese fenómeno permitió a los bancos, no solo maximizar su poder de mercado, sino también desmarcarse de los demás actores de la economía. ¿La causa? La incorporación de las *nuevas tecnologías de la información* a sus operaciones y procedimientos: factor que ha potenciado –y sigue potenciando– la expansión del alcance de sus servicios y del margen de sus lucros por medio de la intervención el movimiento de grandes volúmenes de activos<sup>295</sup>.

Según SCHOLTE<sup>296</sup>, la configuración de lo “global” permitió la creación de una *red transfronteriza de sucursales* que posibilitó –y sigue posibilitando– el movimiento fluido y facilitado de los activos financieros (lícitos e ilícitos) de las PEPs hacia jurisdicciones lejanas a su ambiente funcional. Ahora bien, lo diferencial fenoménico de esa “facilitación” no está en el movimiento del activo financiero en sí mismo, sino en el *modo de su realización*<sup>297</sup>.

---

<sup>295</sup> MILLER, Geoffrey P.; CAFFAGI, Fabrizio. *The Governance and Regulation of International Finance*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2012. p. 117 y ss.

<sup>296</sup> AART SCHOLTE, Jan. “Global trade and finance”. In: BAYLIS, John; SMITH, Steve; OWENS, Patricia. *The globalization of world politics: an introduction to international relations*. 4 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 460 y ss.

<sup>297</sup> En lo que se refiere a la globalización económica, Aart Scholte subraya que algunos analistas reducen esta noción conceptual al incremento de los movimientos transfronterizos entre el dinero, bienes, servicios, personas, mensajes e ideas, existiendo –así– una equivocada equiparación entre globalización e internacionalización: razonamiento que excluye la distinción entre lo local y lo internacional. Bajo esta concepción, “no hace sentido distinguir las compañías locales de las internacionales, el comercio global y el comercio internacional, las finanzas globales y las finanzas internacionales. Cuando se concibe de esta manera, la globalización económica no es nada particularmente nuevo, pues el comercio entre diferentes unidades político-territoriales ha tenido lugar durante siglos y en algunos casos incluso milenios, puesto que la antigua Babilonia y el Imperio romano, por

Antes de ese giro fático y tecnológico, los servicios bancarios –como bien lo ha explicitado BAUMAN<sup>298</sup>– eran realizados a partir de una lógica “sólida”, “pesada”, y cercana a la noción del *hardware*. A causa de ello, el énfasis del actuar de los bancos y de sus clientes (incluyendo las PEPs) estaba en la dimensión “local” y en “larga duración” de los procesos que materializaban estos servicios: datos que eran predecibles, susceptibles de control inmediato, y normal a las expectativas de sus beneficiarios.

Eso ha cambiado sustancialmente, pues, la dinámica “global” está alineada a la lógica “líquida”, “liviana” y cercana a la funcionalidad del *software*. En ese *estado de cosas* (*Sachverhalt*) el *slogan* de orden de la actividad bancaria pasó a ser la «instantaneidad»: unidad lingüística que designa el acto de «anular la resistencia del espacio y “licuificar” la materialidad»<sup>299</sup> que antes limitaba la circulación de los activos financieros.

Por ello, el “corto plazo” pasó a reemplazar al “largo plazo”, y la «instantaneidad», a su vez, transformó por completo la significación de binomio *tiempo-distancia*<sup>300</sup>. Así pues, los servicios y las operaciones de los bancos pasaron a ser mucho más “fluidos” que “sólidos”, y eso no favoreció la aparición de “ondas” de integración humana<sup>301</sup>. Más allá

---

ejemplo, ya conocían formas de préstamos y comercio a larga distancia, por ejemplo”. Vide: AART SCHOLTE, Jan. *Global trade and finance*. Cfr. Baylis, John; et al. *The globalization of world politics: an introduction to international relations*. 4 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 461-462.

<sup>298</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Liquid modernity*. Cambridge: Polity, 2000, p. 99 y ss.

<sup>299</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Liquid modernity*. Cambridge: Polity, 2000, pp. 133-134.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>301</sup> Utilizo la expresión “onda” por el hecho de que el fenómeno de la integración entre los actores (políticos y económicos) no es continuo, por lo contrario: su rasgo es la expansión y retracción. Cfr. GÄNZLE, Stefan; et al. *Differentiated Integration and Disintegration in a Post-Brexit Era*. New York: Routledge, 2020, pp. 20 y ss.

de ello, tal *output*, también impulsó un alineamiento coordinado de la (des)regulación “regulada” de las dinámicas del Estado<sup>302</sup> y la facilitación de la circulación rápida de capitales por la territorialidad transfronteriza y porosa de la modernidad<sup>303</sup>.

Con la absorción de ese factor diferencial, los bancos se convirtieron en el símbolo del *global market*<sup>304</sup>. Para bien o para mal, el “modo líquido” de realización de sus servicios transfronterizos rompió –y sigue rompiendo<sup>305</sup>– con la continuidad histórica: lo que “era” ha dejado de ser, pues la globalización ha dado lugar a nuevos tiempos y prácticas bancarias<sup>306</sup>.

---

<sup>302</sup> Al respecto, la «OCDE» reconoce que el fenómeno de la globalización de los bancos y del mercado de capitales fomentó que los países redujeran sus barreras legales y adaptaran sus sistemas a ese “entorno global”. Cfr. OECD, *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, 1998, pp. 12-13.

<sup>303</sup> NUÑEZ, Andrés; *et al.* *Fronteras en movimiento e imaginarios geográficos: la cordillera de los andes como espacialidad sociocultural*. Santiago: RIL editores, 2012, p. 125-126.

<sup>304</sup> Al respecto, Mansbach *et al.* subrayan que la noción de «banca universal» es propia del escenario del *global market*, y figura como un elemento clave de la globalización. Cfr. MANSBACH, Richard W.; RAFFERTY, Kirsten L. *Introduction to global politics*. New York: Routledge, 2007. pp. 743-745.

<sup>305</sup> Hoy día, ese escenario de transformación sigue impactando las relaciones socioeconómicas, a ejemplo de lo que sucede con los servicios *open bank* y con el uso de la tecnología *blockchain* para el desarrollo de las «criptomonedas»: innovación que ya repercute con gran intensidad en los medios de pago, y que –cada vez más– recibe la adhesión económico empresarial. Cfr. TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin Is Changing Money, Business, and the World*. New York: Portfolio, 2016. pp. 7 y ss.

<sup>306</sup> Al respecto, merece destacar las palabras de Sotelo: «el adjetivo moderno surge, justamente, cuando se considera indispensable marcar diferencias sustantivas entre el ayer y el hoy. El que sea necesario subrayar el presente con un vocablo nuevo supone que lo percibe como algo radicalmente distinto de lo anterior, que toma con ello el cariz de lo ya superado. La aparición de este neologismo implica la conciencia de una ruptura en la continuidad histórica: lo que fue ya no es; se viven tiempos nuevos». SOTELO, Ignacio. “Estado Moderno”. In: RUIZ, Afonso; DÍAZ, Elias. *Filosofía Política II - Teoría del Estado*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2013, pp. 26-27.

### 3.2 El *Finanzunterwelt* y la *offshoring* financiera

Si por un lado la globalización económica permitió el beneficio de la conformación de un *Universalbankensystem*<sup>307</sup>, por el otro, la ejecución de servicios bancarios transfronterizos generó un *coste substancial*: el *delay* del “sólido” control social formal ante a la dinámica “liquida” de los bancos<sup>308</sup>.

Sin lugar a duda, esa discrepancia facilitó –y sigue facilitando– el funcionamiento de aquello que Bernasconi<sup>309</sup> ha etiquetado de *Finanzunterwelt*, es decir: el “inframundo financiero” que facilita el movimiento de activos procedente de prácticas ilícitas que financian a los *state-routinized crimes*<sup>310</sup> protagonizados por las PEPs.

Ese nudo corresponde al fenómeno que URRY<sup>311</sup> –desde la sociología de la economía– ha denominado *offshoring*: unidad lingüística cuyo sentido socioeconómico designa la «deslocalización» de prácticas y activos ilícitos por medio de las sofisticadas vías del capitalismo de la modernidad. En el caso de los bancos, esa “opción” se materializa por medio de los *servicios electrónicos de transferencia*, a ejemplo de la plataforma de mensajería financiera SWIFT (*The Society for Worldwide*

---

<sup>307</sup> BAUMS, Theodor. “Corporate governance in Germany: the role of the Banks”. *The American Journal of Comparative Law*, v. 40, n. 2, 1992, pp. 505-506.

<sup>308</sup> En esa investigación, utilizo la expresión “control social formal” para referirme a las organizaciones públicas que conforman el sistema de justicia criminal y el sistema de justicia fiscal. Al respecto, cfr. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011; ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2012, pp. 133 y ss.

<sup>309</sup> BERNASCONI, Paolo. *Finanzunterwelt: Gegen Wirtschaftskriminalität und organisiertes Verbrechen*. Berlin: Orell Füssli Verlag, 1988, pp. 2-14.

<sup>310</sup> Al respecto de los *state-routinized crimes*, cfr. BARAK, Gregg. *Routledge international handbook of the crimes of the powerful*. New York: Routledge, 2015, *introduction* (part VIII).

<sup>311</sup> URRY, John. *Offshoring*. Oxford: Polity, 2014, pp. 17 y ss.

*Iner-bank Financial Telecommunication*), que interconecta más de 11.000 entidades bancarias en más de 200 países y territorios<sup>312</sup>.

Con ello, se pasó a posibilitar flujos financieros –globales y locales– de envío y recibimiento *express* de activos a distintos destinos, incluyendo aquellos que suelen estar identificados como «centros financieros extraterritoriales», *offshores* y «paraísos fiscales»<sup>313</sup>: etiquetas que –en regla– son utilizadas para remarcar críticas a las “ventajas perniciosas”<sup>314</sup> que

---

<sup>312</sup> Creada en 3 de mayor de 1973, en Bruselas (Bélgica) la SWIFT es una organización privada que juega un papel central en la dinámica de circulación de activos financiero. Al respecto de su historia y roles, *cf.* SCOTT, Susan; ZACHARIADIS, Markos. *The Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT): cooperative governance for network innovation, standards, and community*. New York: Routledge, 2014, pp. 16 y ss.

<sup>313</sup> Al respecto, hace falta aclarar que no hay consenso acerca del contenido de tales etiquetas. Pese a ello, me uno a la literatura que utiliza la etiqueta *onsshore* para designar la gestión de activos y la provisión de servicios dentro del país de residencia principal del cliente; y la etiqueta *offshore* para indicar que el cliente gestiona su patrimonio fuera de su país de residencia formal. Las causas de esa “desconexión” territorial, según Maude pueden ser: (i) confidencialidad financiera, (ii) flexibilidad normativa, (iii) fiscalidad, (iv) la falta de productos y servicios en su país de residencia, (v) un bajo nivel de confianza en los mercados financieros y en los gobiernos nacionales, (vi) riesgos políticos y macroeconómicos internos. *cf.* MAUDE, David. *Global private banking and wealth management: the new realities*. Sussex, John Wiley & Sons, 2006, pp. 4-5. Por otro lado, hay quienes prefieren utilizar la expresión *tax haven* (o *paraíso fiscal*) para hacer referencia a las jurisdicciones que ofrecen un conjunto de ventajas que trasciende el binomio confidencialidad-sigilo, en especial, la baja tributación y la escasa o inexistente red de convenios o acuerdos internacionales que establezcan la cooperación o intercambio de información fiscal. En ese sentido, *cf.* BRITAIN-CLAIN, Willian. *Offshore: The dark side of the global economy*. New York: Picador, 2005, p. 145 y ss.

<sup>314</sup> Pese al amplio rechazo a esas “ventajas” (principalmente por parte de países que han perdido el control fiscal del “capital fugado”), ellas no configuran *per se* un ilícito jurídico (penal o no penal). Cada Estado, en el ejercicio de su soberanía nacional goza de su propia “potestad”. El diseño y la estructuración de sus políticas públicas dependen, apenas, de los *public purposes* consagrados en un orden político jurídico. El problema surge cuando, en un escenario de globalización, los *policy makers* y las autoridades de supervisión bancaria saben e ignoran, al mismo tiempo, el origen dañino de tales capitales. Al respecto, *cf.* MARULANDA OTÁLVARO, Hugo. *Propuesta de instrumentos jurídicos alternativos contra la competencia fiscal perniciosa entre Estados*. Toledo: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Castilla-La Mancha, Toledo, 2015, p. 13; ALARCÓN MORALES, Juan David. “Alternativas

estimulan el movimiento y la “fuga”<sup>315</sup> de activos hacia el extranjero<sup>316</sup>. En el caso de las PEPs, que reciben activos a título de sobornos, el dato sensible es que –tan pronto ese capital ilícito ingrese en estos territorios– se les garantizará la *confidencialidad bancaria* y el *sigilo en cuanto a los datos financieros*. Eso genera *tres consecuencias*.

1. Habrá el *inmediato blindaje* jurídico formal de la información sobre *quién es* la persona física que se beneficia de modo *directo* (en cuenta bancaria personal) o *indirecto* (e.g., por la titularidad real de *shell company* o *trust*)<sup>317</sup>.

---

legales para evitar el flujo de capitales a paraísos fiscales”. *Revista Jurídica Derecho*, v. 6, n. 7, 2017, pp. 153-168.

<sup>315</sup> En cuanto a ello, ya en 1937, el entonces presidente de los Estados Unidos, Franklin Roosevelt, fue alertado por su secretario del Tesoro, Henry Morgenthau Jr., sobre dificultades generadas por las *tax haven jurisdictions*. El objeto de la crítica era Newfoundland, una jurisdicción ubicada en Canadá: *[T]heir corporation laws make it more difficult to ascertain who the actual stockholders are. Moreover, the stockholders have resorted to all manner of devices to prevent the acquisition of information regarding their companies. The companies are frequently organized through foreign lawyers, with dummy incorporators and dummy directors, so that the names of the real parties in interest do not appear. Cfr. Willebois, Emile van der Does de; et al. The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It. World Bank: Washington, 2011, p. 12.*

<sup>316</sup> En este caso, Brittain-Clain pone de relieve que la *deslocalización* propiciada por el proceso de *offshoring*, no solamente reestructura las relaciones económico sociales, sino también despierta en los *stakeholders* y *policymakers* la percepción de que la “salida” bancaria de capitales hacia este “universo financiero paralelo” tiene sus *ventajas*. Esta es la razón que ha conllevado a algunos países a adoptar en secreto los datos financieros como política pública. *Cfr. BRITTAİN-CLAIN, Willian. Offshore: The dark side of the global economy. New York: Picador, 2005, p. 149 y ss. Por ello, Urry pone el acento en el dato de que la offshoring interesa a dos grupos de interés. De un lado están las personas que “necesitan” deslocalizar sus activos ilícitos del mapa de vigilancia y control de determinado Estado (como es el caso de las PEPs). Del otro, los países y jurisdicciones desean recaudar más con el “hospedaje” de capital extranjero. Cfr. URRY, John. Offshoring. Oxford: Polity, 2014. p. 18-19.*

<sup>317</sup> Sobre ello, Hudson remarca que la figura del *trust* o fideicomiso tiene como origen las prácticas del siglo XII, en especial, el período de las Cruzadas. En ese contexto, los hombres que actuaban como *guerreros* se ausentaban de Inglaterra durante largos años, y así, necesitaban de personas de confianza para gestionar sus tierras en ese período. De ahí la solución de compartir la titularidad de la propiedad, de modo que: (i) ante a las cortes de equidad el fideicomitente era considerado como

2. El *monitoreo* y *control formal* llevados a cabo por las inteligencias financieras de países que les han confiado la función pública no va a tener acceso inmediato al *rastreo informacional* que les permitiría la localización e interceptación formal de los flujos de sobornos.

3. Las PEPs podrán fragmentar –por vía bancaria– el *proceso de desconexión informacional* que (des)localiza el *output* de una colusión. Por poner un ejemplo:

El *stakeholder* “Z”, una PEEEx con domicilio y actividad empresarial en el *país* “A”, se encarga de pagar un soborno (*valor* “X”) a “Y”, una PEP que ejercer una importante función pública en el mismo *país* “A”. Por lo tanto, el local de concreción y repercusión de la colusión es el país “A”.

“Z” transfiere tales activos (*valor* “X”) desde el país “B” (*centro financiero offshore*), por medio de cuenta *offshore* del banco “I”, cuya titularidad formal no está a nombre de él, sino de “J” (una Shell Company que está bajo su control). Con ello, ocurre una *desconexión fáctica*: no hay enlace inmediato entre el país “B” (en donde hubo la bancarización del pago del soborno) y el país “A” (donde la colusión ha sido consumada).

La destinación de la mencionada transferencia es el “País C”, en particular, una cuenta *offshore* del banco “II”, cuya titularidad formal no está a nombre de “Y” (la PEP) sino de “H” (estructura societaria controlada por él). Así pues, ocurre una primera *desconexión informacional* entre el flujo de activos y las partes que intervinieron en la colusión.

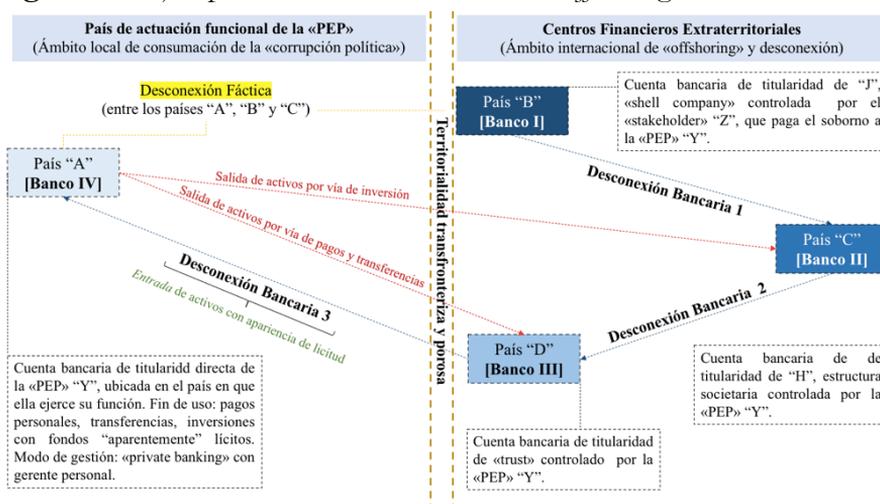
En momento posterior, “Y” (la PEP) transfiere tales activos del banco “II” (país “C”) al banco “III” (país “D”), en particular, a una cuenta *offshore* administrada por un *trust* constituido en favor de sus intereses personales. Con ello, ocurre una *segunda desconexión informacional*, ya que ambos países garantizan la protección de la inmediata confidencialidad bancaria y sigilo de los datos financieros.

---

propietario, y (ii) ante a los tribunales de derecho común la persona encargada (fideicomisario) era considerada el propietario para fines de gestión. HUDSON, Alastair. *Equity and Trusts*, 4ª ed. London: Cavendish Publishing, 2005, p. 35.

De ese modo, “Y” logra la *desconexión informacional necesaria para disimular la procedencia ilícita de los activos*, y así, los transfiere al país “A”, en particular, a una cuenta *onshore* personal en el banco “IV” (de su confianza). Una vez recibidos estos recursos, la PEP “Y” podrá someterlos a la gestión de los servicios *private banking* y *wealth management*, con el fin de maximizar su utilidad (*e.g.* inversiones, adquisiciones de productos financieros) o para sujetarlos a otros movimientos transfronterizos (*e.g.* pagos y transferencias a bancos y empresas ubicadas en los países “C” y “D”), consolidándose, así, la “deslocalización” del soborno y la desconexión informacional de la procedencia ilícita de los activos utilizados por la PEP.

**Figura 5 – Ejemplificación de la dinámica de *offshoring* financiera**



**Fuente:** Creación propia.

De ese modo, la *offshoring* financiera resulta de una cadena de desconexiones bancarias que permite a las PEPs atribuir a sus activos ilícitos la apariencia de licitud necesaria para “disociarla” (i) de la colusión que generó tales activos y (ii) de las distintas personas que han intervenido en cada una de las etapas del proceso que realiza el

riesgo prospectivo<sup>318</sup>. Ello es lo que, de un lado, *dificulta* substancialmente la delimitación de los aspectos objetivos y subjetivos de la desconexión informacional de la ilicitud de los activos («blanqueo de capitales»), y del otro, *facilita* la repetición consumativa del *riesgo de doble cara*.

### 3.3 Los *weak points* de los servicios de *private bank* y *wealth management*

Por fin, la última de las tres peculiaridades que arrojan luz sobre la inclusión de los «bancos» en la escena del riesgo prospectivo, es la particular combinación de la *confianza* (de las PEPs) y la *lealtad* (de los bancos) en el ámbito de los servicios de *private banking* y *wealth management*. Antes de adentrarnos en la especificación de uno y otro, hace falta aclarar cuál es la lógica operativa de ambos.

Desde un punto de vista externo, me parece claro que, *im weiteren Sinne*, un cliente normal, y un cliente que está en la condición de PEP buscan al banco por la misma causa: la consideración de que el servicio bancario es la vía más rápida, fiable y eficiente para realizar

---

<sup>318</sup> En ese sentido, los investigadores de World Bank y UNODOC destacan que: *When discussing such cases, the investigators we talked to said that their efforts to ascertain who truly controlled a suspect entity were frequently frustrated, especially when they were pursuing such information outside their own jurisdictions. Despite having gathered considerable information about an entity, the investigator may still not have been able to reconstruct the control framework; on the contrary, a new layer of opacity may have appeared. For example, if, as part of a money laundering investigation, the authorities in Country A manage to successfully cooperate through the appropriate formal channels with the authorities of Country B to discover the shareholders of a corporation registered in that jurisdiction, they may well find that the listed shareholders of that corporation are in fact corporations registered in Countries C and D. Cfr. WILLEBOIS, Emile van der Does de; et al. *The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*. World Bank: Washington, 2011, p. 12.*

determinados propósitos personales que dependen del depósito, del movimiento, o de la inversión de los activos financieros<sup>319</sup>. Ahora bien, ¿esa motivación común significa que el banco interactuará del mismo modo con cada uno de estos clientes? *La respuesta es negativa.*

La razón de ello es que la actividad bancaria funciona a partir de distintos *business models*, y cada uno de ellos está referido al perfil económico patrimonial del cliente<sup>320</sup>. En regla, las PEPs se relacionan con los bancos desde un segmento específico: la *banca mayorista* o *wholes-sale funded commercial bank*<sup>321</sup>.

El propósito de ese *modelo de negocio* es atender a las necesidades globales de los «*wealth* clientes»: las personas, núcleos familiares y grandes empresas con alto volumen de patrimonio neto, y que, por ello, demandan la intervención bancaria con el fin de (i) gestionarlos

---

<sup>319</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. Granada: Comares, 1999, p. 8.

<sup>320</sup> En cuanto a ello, la literatura remarca la existencia de tres modelos de negocio bancario. El *primero* es la banca comercial con financiación minorista (o *retail-funded commercial bank*). Su propósito es atender –*de modo estandarizado*– a las necesidades particulares de personas físicas y empresas (pequeñas o medianas) que ahorran e invierten un volumen bajo o medio de capital. Por ello, las ganancias generadas por ese segmento son volátiles. El *segundo* es la banca comercial con financiación mayorista (o *wholes-sale funded commercial bank*). Su propósito es atender –*de modo especializado*– a las necesidades globales de personas y grandes empresas que ahorran e invierten alto volumen de capital. En consecuencia, los resultados obtenidos en la ejecución de ese modelo de negocio son más eficientes y rentables. Por fin, el *tercero* es la banca orientada a los mercados de capitales (o *markets-oriented bank*). Su propósito es facilitar a la clientela oportunidades de participación en actividades de negociación del mercado de capitales. En regla, tal modelo de negocio suele registrar mayores ganancias que los otros modelos. ROENGPITYA, Rungporn; TARASHEV, Nikola; TSATSARONIS, Kostas. *Bank Business Models*. BIS Quarterly Review, 2014, pp. 55-65.

<sup>321</sup> *Ibidem*, p. 56.

con más eficiencias y (ii) obtener mayor rentabilidad<sup>322</sup>. Ese es el ámbito de ejecución de los servicios de *private banking* y de *wealth management* que suelen ser utilizados por las PEPs (y también por las PEEs).

Ahora bien, pese a que los mencionados servicios sean distintos, ambos comparten un rasgo fundamental: la gestión *personalizada* y *altamente especializada* de los intereses económico-patrimoniales de la clientela. La diferencia entre ellos está en el *modo de rentabilización* que se busca. En lo que atañe al *private banking*, su énfasis está en la constatación y planificación de *oportunidades* para satisfacer las necesidades financieras, fiscales y patrimoniales del cliente.

*Im enteren Sinne*, la dinámica del *private banking* se ramifica en dos enfoques de gestión<sup>323</sup>. El *primero* –etiquetado como *estadounidense*– prioriza el «asesoramiento activo» para (i) maximizar la rentabilidad o (ii) permitir la adquisición de productos financieros complejos. En ese modelo, el lucro del negocio bancario está en el cobro de *comisiones por transacción (commission-based business model)*<sup>324</sup>.

El *segundo* modelo –etiquetado como *suiizo o europeo*<sup>325</sup>– está enfocado en la *gestión del patrimonio global* de personas que poseen elevado volumen de activos. En él, los clientes esperan que el banco: (i) los escuche, (ii) evite la exposición a la alta fiscalidad y (iii) les ofrezca

---

<sup>322</sup> Al respecto, *cf.* ROENGPITYA, Rungporn; TARASHEV, Nikola; TSATSARONIS, Kostas. *Bank Business Models*. BIS Quarterly Review, 2014, pp. 55-65.

<sup>323</sup> MAUDE, David. *Global private banking and wealth management: the new realities*. Sussex, John Wiley & Sons, 2006, p. 35.

<sup>324</sup> MAUDE, David. *Global private banking and wealth management: the new realities*. Sussex, John Wiley & Sons, 2006, p. 35.

<sup>325</sup> *Ibidem*.

oportunidades de inversión conservadoras, o sea, con bajo riesgo de pérdidas y alta probabilidad de rentabilidad. En ese caso, el lucro del negocio bancario está en el cobro de *tarifas (fee-based business model)*.

Por otro lado, el núcleo esencial del servicio de *wealth management* es la *realización de inversiones* (en fondos y acciones) *en nombre de clientes con elevado patrimonio neto*. En particular, los denominados *High-Net-Worth Individuals*: personas físicas «que tienen activos invertibles de USD 1 millón o más, *excluyendo* (i) la residencia principal, (ii) los artículos de colección, (ii) los bienes consumibles y (iii) los bienes de consumo duraderos»<sup>326</sup>. En ese servicio, el *obligatory purpose* del banco contratado es mejorar la situación financiera del cliente contratante por medio de la inversión en activos que generen altos rendimientos.

Pese a la diferencia entre los fines de cada uno de estos servicios, la relación *banco-cliente* posee algo en común: la ejecución de ambos presupone la existencia de *confianza* (en el banco) y *lealtad* (al cliente). Eso porque la concreción de tales fines depende de una relación suficientemente cercana para facilitar al gestor bancario el acceso a información económico patrimonial sensible. En particular: (i) el patrimonio global del cliente, (ii) la dinámica financiera de sus actividades, (iii) proyectos y proyecciones personales y familiares, (iv) riesgos particulares y (v) impedimentos para entablar negocios. Al fin y al cabo, el dominio a detalle de ese tipo de información es una *conditio sine qua non* –y la clave para el éxito– no solo para que la gestión e inversión eficientes de los activos que ya existen, sino también para

---

<sup>326</sup> Al respecto, *cf.* CAPGEMINI RESEARCH INSTITUTE, *World Wealth Report*, Paris, 2020, pp. 3 y ss.

que el banco aporte su diferencial: el encuentro de las “mejores” oportunidades para maximizar la rentabilidad del cliente.

Sobre ello, he entablado algunos de los *slogans* que los bancos utilizan para expresar a su potencial clientela el *espíritu* de esos modos de intervención bancaria. En particular, los datos siguientes han sido obtenidos de las entidades bancarias de mayor destaque en Alemania, España, Reino Unido y Brasil.

**Tabla 1** – Eslóganes utilizados para expresar el núcleo de los servicios de *private bank* y *wealth management*

| Banco                   | Eslogan de <i>marketing</i>   |
|-------------------------|---|
| <b>DeutschBank (DE)</b> | <i>Vermögens-management. Maßgeschneidert.</i><br>[Gestión de activos hecha a medida].               |
| <b>HSCB (UK)</b>        | <i>Connecting clients to Opportunities</i> <sup>327</sup> .   |
| <b>Santander (ES)</b>   | «La tranquilidad de contar con el mejor aliado» <sup>328</sup> .                                    |
| <b>DeutschBank (ES)</b> | «Contigo, a tu lado, en cada paso que des» <sup>329</sup> .   |
| <b>BBVA (ES)</b>        | «Tus decisiones de inversión en buenas manos» <sup>330</sup> .                                      |
| <b>CaixaBank (ES)</b>   | «Trabajamos para ayudarte a tomar decisiones sobre tu patrimonio» <sup>331</sup> .                  |
| <b>Itaú (BR)</b>        | «Preparado para ser más que un banco, un verdadero socio en todas sus iniciativas» <sup>332</sup> . |
| <b>Bradesco (BR)</b>    | <i>Seguir seus próprios passos não significa caminhar sozinho</i> <sup>333</sup> .                  |

**Fuente:** elaboración propia a partir de la información bancaria.

Esa muestra de datos pone que, pese a la distinción de estos *eslogans bancarios*, los mensajes que están por detrás de ellos son unidireccionales, y pueden ser aglutinados en el siguiente juicio: el

<sup>327</sup> HSBC PRIVATE BANKING, [Web en línea]. [Consulta: 06 dic. 2020].

<sup>328</sup> SANTANDER PRIVATE BANKING, [Web en línea]. [Consulta: 06 dic. 2020].

<sup>329</sup> DEUTSCHE BANK ESPAÑA, [Web en línea]. [Consulta: 06 dic. 2020].

<sup>330</sup> BBVA Banca Privada, [Web en línea]. [Consulta: 06 dic. 2020].

<sup>331</sup> CAIXABANK BANCA PRIVADA, [Web en línea]. [Consulta: 06 dic. 2020].

<sup>332</sup> ITAÚ PRIVATE BANK, [Web en línea]. [Consulta: 06 dic. 2020].

<sup>333</sup> BRADESCO PRIVATE BANK, [Web en línea]. [Consulta: 06 dic. 2020].

núcleo diferencial de tales servicios es la *coligación e interacción cercana del banco con el cliente* para ofrecerle la mejor realización de sus intereses.

Ahora bien, del análisis del núcleo esencial de los servicios de *private banking* y de *wealth management*, a la luz de la condición de las PEPs subyace un conjunto de 7 *weak points* que incrementa substancialmente la contingencia de que el banco intervenga –a sabiendas– en la realización del *riesgo prospectivo* de desconexión informacional (o «blanqueo») de activos que ellas recibieron a título de soborno. Veámoslos.

*Weak point 1*: la línea de base de la relación comercial entre una PEP y el banco es la *deferential trust* (confianza ‘deferente’)<sup>334</sup>. Ello porque, en esos segmentos, prepondera la *confianza sin inhibición* de la PEP en su *gerente personal*. En particular, ello genera tres sentimientos en el cliente: (i) *la intimidad* (subyacente del modelo de la interacción cercana entre la PEP y el gerente); (ii) *la seguridad* (generada por la pericia y la atención especializada del gerente, dato que crea la expectativa de que el banco le va a garantizar el mejor resultado financiero posible); y (iii) *dependencia* (a causa de la percepción de la necesidad de la intervención del gerente bancario en la gestión de su patrimonio). Al fin y al cabo, es el gerente bancario quien puede *abrir o cerrar* puertas y *fast tracks* para las mejores oportunidades de *offshoring* de activos ilícitos.

---

<sup>334</sup> La relación *banco-gerente*, diferentemente, es fundada en el lazo del tipo «*vigilant trust*» (confianza ‘vigilante’), y está referida a parámetros objetivos-formales. Ello porque, aunque exista un núcleo básico de confianza en la pericia del gerente, prepondera la (des)confianza de la cúpula bancaria cuanto a una tríada de riesgo. En particular: (i) el abuso gerencial de posición de confianza, (ii) la inobservancia de la debida diligencia, y (iii) la motivación del actuar a partir del propio interés (solipsismo). Al respecto, cfr. FLANNIGAN, Robert. *The fiduciary obligation*. Oxford Journal of Legal Studies, v. 9, n. 3, 1989, p. 287.

*Weak point 2:* uno de los diferenciales de los servicios de private banking y de wealth management es el ‘esfuerzo’ del gerente personal para la creación de “oportunidades” de gestión de activos bajo el *plus* de la confidencialidad y el sigilo. Ello incluye el uso de cuentas numeradas, “Shell Corporations” y *trusts* en «centros financieros extraterritoriales»<sup>335</sup>: mecanismos que, paradójicamente, funcionan como *medios de paso* para las desconexiones informacionales que permiten la fruición con “apariencia de licitud” de los activos que las PEPs reciben a título de soborno.

*Weak point 3:* en ese tipo de relación bancaria, las PEPs tienden a “deferir” al juicio o a la sugerencia del gerente personal (persona de confianza) en lo que atañe a “*qué hacer*” para sacar el máximo provecho de sus activos. Sin embargo, ellas también podrán *influirlo* –por medio de incentivo económico o persuasión– a *no abstenerse* de la realización de una operación o transacción cuyo volumen financiero no sea compatible con las *fuentes de ingresos* que han sido formalmente declaradas por la PEP al Estado.

*Weak point 4:* es natural que a lo largo de la relación de negocio ocurra el *estrechamiento relacional* –por razones profesionales y/o personales– entre la PEP y su gerente personal (*e.g.* visitas al hogar, invitaciones a reuniones familiares, intercambio de regalos). Desde un punto de vista de la psicología cognitiva, ello no solo contribuye a la *intensificación de la lealtad del gerente hacia la PEP (cliente)*, sino también incrementa la contingencia de que las *impresiones positivas*<sup>336</sup> propias de la confianza y

---

<sup>335</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>336</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Pensar rápido, pensar devagar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, 69-71.

lealtad, fomenten al gerente personal del banco a actuar como *PEP advocate* ante la inteligencia financiera del Estado.

*Weak point* 5: la asimilación del poder de las PEPs por función<sup>337</sup> (*powerful clients*)<sup>338</sup> para *influnciar* su entorno puede causar intimidación interna y presión en el gerente y en la cúpula del banco, lo cual les lleva a flexibilizar la rigurosidad del control de las operaciones que involucren esa especie de PEPs. Al respecto, MAUDE<sup>339</sup> pone el siguiente ejemplo:

Si el cliente es un funcionario del gobierno con ‘influencia’ sobre las operaciones del banco en el país, muy probablemente habrá una determinación *top-down* de un actuar práctico dirigido a evitar causarle insatisfacción. Un buen ejemplo de ello es el caso del gerente de relacionamiento a quien, cuando se le preguntó por qué nunca interrogaba a un cliente sobre determinadas transacciones, respondió que se sentía limitado por “cuestiones de etiqueta y protocolo”, porque el cliente era un jefe de Estado.

*Weak point* 6: la actuación del banco en favor de los intereses de una PEP tiene como fundamento una «*relación de agencia*». Se trata de una subespecie de *relación fiduciaria* que está referida a un *contrato* en el que la PEP («parte principal») delega al banco («agente de confianza») la tarea de maximizar sus ganancias económico-patrimoniales. Así pues, el cumplimiento contractual implica un *deber de lealtad*. O sea: una obligación bancaria de *ser leal* a la PEP (cliente) y *actuar para* realizar sus intereses (*obligatory purpose*)<sup>340</sup>. Esto significa –a la luz de los aportes de

---

<sup>337</sup> Al respecto, *cfr.* la clasificación que consta del *capítulo tercero*.

<sup>338</sup> MAUDE, David. *Global private banking and wealth management: the new realities*. Sussex, John Wiley & Sons, 2006, p. 229.

<sup>339</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>340</sup> GREEN, Stuart. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno: una teoría moral de los delitos de cuello blanco*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 144-145.

KLEINIG<sup>341</sup>– que habrá un *compromiso constante* del gerente con el objeto contractual que causó la asociación entre la PEP y el banco<sup>342</sup>.

*Weak point 7*: la remuneración por la prestación de los servicios de *private banking* y *wealth management* proviene de «comisiones» por transacción o «tarifas» por el servicio pagadas por la PEP<sup>343</sup>. Ello es lo que genera el *lucro y rentabilidad* de la relación de negocio. Así pues, el relacionamiento exitoso con las PEPs es un dato sensible a la cúpula del banco, ya que –desde un punto de vista organizacional– la maximización de la rentabilidad del modelo de negocio es un *obligatory purpose* de sus actividades. Por ello, el éxito en entablar relaciones que involucren gran volumen de activos importa no sólo a cúpula, como también al gerente, que puede ser beneficiado por el pago de bonos por haber logrado los objetivos de ese tipo de cliente. Desde un punto de vista operativo, con todo, la combinación entre el deber de lealtad y la preponderancia del interés bancario por las ganancias económicas puede generar un problema. En particular, la toma de postura (anti)ética e (in)diligente –por parte del gerente y/o de la cúpula del banco– en el sentido de obviar *red flags*<sup>344</sup> que deberían obstar la

---

<sup>341</sup> KLEINIG, John. *On loyalty and loyalties: the contours of a problematic virtue*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 14.

<sup>342</sup> De ahí la relevancia de la *normatividad fiduciaria* (en particular las «normas profiláticas» del *no-conflict* y del *no-profit*) para para inhibir el desvío y el oportunismo *solepsista* del gerente bancario (agente fiduciario). Al respecto, *cf.* el análisis del *capítulo primero* de la presente investigación. Al respecto, *cf.* el análisis que consta del *capítulo primero* de la presente investigación.

<sup>343</sup> LABY, Arthur. “The Fiduciary Obligation as the Adoption of Ends”. *Buffalo Law Review*, v. 56, n. 1, 2008, p. 130.

<sup>344</sup> En el contexto de la presente investigación la expresión *red flags* (o banderas rojas) designa las *advertencias* o *indicadores* internos del banco que muestran la existencia de una amenaza potencial; de que una transacción u operación forme parte de un proceso de *deslocalización informacional de la ilicitud de activos* (o «blanqueo de capitales»). Según Peterson, a menudo los bancos detectan varias señales de alerta sobre operaciones bancarias sospechosas. Ello puede incluir: (i) transferencias

realización de una operación por indicaren el *riesgo prospectivo de desconexión* (o “*blanqueo*”).

Siendo esto así, me parece claro que los empleados del banco que se relacionan con una PEP por función en la condición de *gerente personal* (o *relationship manager*) deben ser considerados como PEPs por relación extraorganizacional. Eso se debe a dos motivos: (i) tales personas se *involucran personalmente* en las expectativas que gravitan en torno de los activos patrimoniales de la PEP; (ii) a causa de la cercanía generada por el vínculo técnico profesional, ellas pueden –desde su posición de cercanía– *facilitar* o *influnciar* la consumación del riesgo de doble cara<sup>345</sup>.

#### 4. Balance

De lo anterior subyace que la presuposición de que las PEPs son *dueñas del destino* de sus activos ilícitos es *falsa*. En realidad, la realización del *riesgo prospectivo* vinculado a ellas, depende substancialmente de la intervención bancaria. Y ello no se debe, solamente al *know-how* de los bancos para el movimiento transfronterizo de activos. También a las “oportunidades” de *offshoring* que los gerentes de *private banking* y *wealth mangement* crean a las PEPs.

---

injustificadas entre empresas de segmentos totalmente distintos, (ii) transacciones por montos en dólares inusualmente grandes, (iii) transferencias a países de alto riesgo, y (iv) transacciones *offshore* que involucran centros financieros extraterritoriales o paraísos fiscales. Cfr. PETERSON, Barry. “Red Flags and Black Markets: Trends in Financial Crime and the Global Banking Response”. *Journal of Strategic Security*, v. 6, n. 3, pp. 298-308.

<sup>345</sup> Para la visualización integral de los fundamentos de ese planteamiento, cfr. el análisis del *Capítulo tercero*.

En ese sentido, los 7 *weak points* que gravitan alrededor de ese tipo de relación conforman la evidencia de que *los bancos saben* que juegan un papel fundamental en el éxito de la desconexión informacional («*blanqueo*») entre los activos ilícitos de la PEPs y el proceso de «corrupción» que lo generó.

Siendo esto así, sus servicios funcionan como una *fast track*, que garantiza el movimiento de sobornos por el *Finanzunterwelt* y por el *Universalbankensystem*. De ahí el acierto de Faria Costa<sup>346</sup> al subrayar que –como criminalidad transfronteriza– el “blanqueo” no es un extraño fenómeno social cualquiera. Por el contrario: es consecuencia de un escenario globalizado en donde las personas –por medio de un actuar racional contrario a la legalidad– maximizan los beneficios de una práctica ilícita, a través de la instrumentalización de las nuevas posibilidades que el mercado global les ofrece<sup>347</sup>. Ese es el *input* que justifica la inclusión de los bancos en la escena del *riesgo prospectivo* de las PEPs.

---

<sup>346</sup> FARIA COSTA, José de. “O fenómeno da globalização e o Direito Penal Econômico”. In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Volume III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 102-103.

<sup>347</sup> *Ibidem*.



## CAPÍTULO V

### La estandarización global de las PEPs como un factor de «riesgo alto» para los bancos

#### 1. Introito

Hasta aquí, la labor analítica de la presente investigación estuvo concentrada en la delimitación de algunos fundamentos teóricos. En concreto, de aquellos que corresponden al *riesgo de doble cara* inherente a las PEPs. Ello incluyó: (i) la delimitación de los *problemas públicos* que están vinculados a tal condición, y (ii) una mirada crítica hacia el papel que los «bancos» –en el *Zeitgeist* de globalización– juegan en ello.

Ahora, ha llegado el momento de trasladarse a otra dimensión: el análisis de las *respuestas públicas* que han tratado de frenar la percepción de los servicios de *private banking* como un *Finanzunterwelt*, es decir, un *inframundo financiero* de las PEPs<sup>348</sup>.

Para ello, procederé a analizar los principales aspectos de *tres* políticas públicas que, en mi opinión, constituyen la *causa motriz* de las

---

<sup>348</sup> BERNASCONI, Paolo. *Finanzunterwelt: Gegen Wirtschaftskriminalität und organisiertes Verbrechen*. Berlin: Orell Füssli Verlag, 1988, pp. 2-14.

directrices que condicionan la interacción entre los «bancos» y las PEPs, el *Universalbankensystem* como un todo.

Siendo esto así, hace falta aclarar –de inmediato– que estoy atribuyendo a la expresión *política pública* el sentido de *directriz desarrollada para el enfrentamiento de un problema público*<sup>349</sup>, y que esa noción conceptual está formada por dos elementos. Uno es el propósito resolutivo, y el otro, la respuesta formal a una discrepancia entre el *status quo* (ser) y una situación ideal posible (deber ser).

Tal aclaración es fundamental, ya que la *ratio esendi* de una política pública es el propósito de resolver un problema que ha sido percibido como relevante para una determinada colectividad<sup>350</sup>. Por ello, los vectores de mi aproximación analítica van a ser: (i) *por qué*, (ii) *para qué*, y (iii) *cómo* determinados actores regulatorios respondido a la percepción de las PEPs como un «*riesgo alto*» a los «bancos».

## **2. Punto de partida: el aporte de Suiza a la percepción y respuesta global a la condición de riesgo de las PEPs**

Desde un punto de vista regulatorio, la condición de riesgo de las PEPs ha sido delimitada por primera vez en Suiza, a finales de la década de 1980. En particular, el embrión de ello es la percepción y toma de postura (respuesta) de la *Comisión Bancaria Federal de Suiza*, la *Eidgenössischen Bankenkommision* (en adelante «EBK») a la repercusión

---

<sup>349</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceptos, esquemas de análisis, casos prácticos*. 2ª ed., São Paulo: Cengage Learning, pp. 2 y ss.

<sup>350</sup> *Ibidem*.

pública de que su sistema bancario se beneficiaba de la gestión de activos provenientes de procesos de «corrupción» en el extranjero<sup>351</sup>. Vamos a ver.

## 2.1 El *input* fáctico

El *input* fáctico que estimuló la mencionada percepción surgió en los años 1986<sup>352</sup> y 1987<sup>353</sup>, cuando la EBK tomó conocimiento de que Ferdinand Marcos –quien había ejercido la función de presidente de la República de Filipinas entre 1965 y 1986<sup>354</sup>– había utilizado los servicios de *private banking* de bancos suizos para administrar un gran volumen de activos ilícitos.

El *dato sensible*, en ese caso, era la procedencia de tales recursos: procesos de «corrupción institucional» en el país en donde Marcos ejercía su función. Ello incluía: (i) el desvío de ayudas extranjeras, (ii) recursos de financiación militar y (iii) fondos del sistema económico nacional<sup>355</sup>.

De entrada, hace falta remarcar que la percepción de tal hecho no ha sido determinada por acciones proactivas de la EBK u otra

---

<sup>351</sup> BUNDESAMT FÜR POLIZEI. *Combating Money Laundering in Switzerland*. Bern, octubre 2003, p. 41.

<sup>352</sup> EBK-JAHRESBERICHT 1986, Bern, enero de 1987, pp. 25 y ss.

<sup>353</sup> EBK-JAHRESBERICHT 1987, Bern, enero de 1988, pp. 29-30.

<sup>354</sup> Ferdinand Edralin Marcos fue oficial del ejército de Filipinas durante la Segunda Guerra Mundial, y ejerció funciones públicas destacadas: antes ser elegido presidente de Filipinas, fue diputado (1949-1959) y presidente del Senado (1963-1965). *Cfr.* ECURED, Ferdinand Marcos, [Web en línea]. [Consulta: 06 dic. 2020].

<sup>355</sup> Al respecto, *cfr.* CHAIKIN, David; SHARMAN, Jason. *Corruption and money laundering: a symbiotic relationship*. Palgrave Macmillan: New York, 2009, p. 152 y ss.

organización pública de Suiza, sino por la *repercusión pública* –en el ámbito internacional– de la operación “*Big Bird*”: investigación llevada a cabo en Filipinas por la Presidential Commission on Good Government<sup>356</sup> (en adelante, «PCGG»), tras la Revolución filipina<sup>357</sup> que causó la deposición y huida de Marcos hacia los Estados Unidos.

En concreto, lo que efectivamente presionó la reacción de la EBK fue la ejecución judicial del primer acto de la PCGG: el *Executive Order n° 1*, dirigido a recuperar «todas las riquezas mal habidas acumuladas por el expresidente Ferdinand E. Marcos, su familia inmediata, parientes, subordinados y asociados cercanos, ya sea que se encuentren en Filipinas o en el extranjero, incluida la toma de posesión o el secuestro de todas las empresas y entidades comerciales»<sup>358</sup>.

Desde un punto de vista sectorial, los efectos de tal orden era un problema, pues –en pocos meses de trabajo– la PCGG ha tornado pública la información documentada de que –a lo largo de 20 años– los servicios *private banking* de distintos bancos de Suiza habían canalizado de USD 3 a 8 billones en cuentas secretas de titularidad de Marcos (PEP por función) y sus familiares (PEPs por relación)<sup>359</sup>. Y ello, de alguna manera *sugería* la complicidad del sector con los daños

---

<sup>356</sup> La PCGG fue creada el 28 de febrero de 1986, tres días después de la caída del gobierno de Marcos. *Cfr.* OFFICIAL GAZETTE, *Executive Order n° 1*, del 29 de febrero de 1986.

<sup>357</sup> La Revolución filipina fue un movimiento civil no violento de reacción ciudadana, que realizó un conjunto de protestas del 22 al 25 de febrero de 1986, para contraponerse a la violencia y los procesos de corrupción concretados por la gestión presidencial de Ferdinand Marcos. Con ello, Marcos fue obligado a exilarse en Estados Unidos. *Cfr.* OFFICIAL GAZETTE, *A history of the Philippine political protest*.

<sup>358</sup> OFFICIAL GAZETTE, *Executive Order n° 1*, sección 2, “a”.

<sup>359</sup> De hecho, el volumen de desvío sistemático de recursos públicos ha sido tan grande, que la PCGG sigue actuando para la recuperación de tales activos casi 35 años después de su creación, convirtiéndose en un verdadero órgano del Estado.

sociopolíticos causados por el período de gobierno etiquetado como *The Marcos Kleptocracy*<sup>360</sup>.

## 2.2 La primera toma de postura

De inmediato, la repercusión internacional del «caso Marcos» puso en evidencia la “generalización” de un (des)valor: el sistema bancario de Suiza se beneficiaba de la administración de activos que, además de ilícitos, deberían haber sido utilizados para reducir la pobreza y materializar un *estado de libertades [Freiheitlichkeit]* a los ciudadanos de Filipinas<sup>361</sup>.

Ante a ese *input*, la supervisión bancaria local se vio obligada a reaccionar. La cuestión es: *¿para qué?* En ese caso, la respuesta es sencilla: para proteger la «reputación» de la banca suiza como un todo (propósito resolutivo)<sup>362</sup>. Por consiguiente, surge una segunda interrogante: *¿cómo?*

En específico, la EBK pasó a exigir —desde 1987<sup>363</sup>— que la decisión sobre el inicio o la continuidad de la relación de negocio con una «*figura política prominente*» (las PEPs) debería ser tomada por el *Executive Board (die Geschäftsleitung)*, es decir: el *top management level*<sup>364</sup> del banco. Además de ello, también se ha determinado que sería de ese ámbito de

---

<sup>360</sup> CHAIKIN, David; SHARMAN, Jason. *Corruption and money laundering: a symbiotic relationship*. Palgrave Macmillan: New York, 2009, p. 167.

<sup>361</sup> PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal*, 2016, pp. 42-43.

<sup>362</sup> EBK-JAHRESBERICHT 1986, Bern, enero de 1987, pp. 25 y ss.

<sup>363</sup> *Ibidem*.

<sup>364</sup> En ese sentido, BUNDESAMT FÜR POLIZEI. *Combating Money Laundering in Switzerland*. Bern, octubre 2003, p. 41.

gestión la responsabilidad de revisar periódicamente la relación de negocio con las PEPs<sup>365</sup>.

Ahora bien, un dato importante es que la EBK no estaba preocupada con el actuar funcional de las personas que estaban investidas en cargos públicos en Suiza. Ello nunca estuvo en discusión. Su toma de postura estuvo referida –únicamente– a las PEPs extranjeras, es decir: aquellas personas que ejercían sus funciones en otros países, y que, por ello, utilizaban el secreto de la banca suiza como refugio (*deslocalización*) o medio de paso para la «*desconexión informacional*» de sus activos ilícitos («*blanqueo*»)<sup>366</sup>.

La conclusión de la EBK fue la siguiente:

«En el año que se examina [1986], la Comisión Bancaria investigó si ciertos bancos habían actuado indebidamente en relación con los activos de Marcos. Las investigaciones demostraron que los bancos en cuestión *conocían* en todo momento a los beneficiarios finales de los activos que administraban y, por lo tanto, violaron sus obligaciones legales. Esto ya muestra el hecho de que los activos podrían estar bloqueados y aún están bloqueados como parte de los procedimientos pendientes de asistencia legal mutua. Los casos de Marcos y Duvalier [expresidente de Haití] muestran lo delicado que puede ser para los bancos aceptar grandes volúmenes de *activos de gobernantes extranjeros*. La EBK exige que los *cargos de alta dirección (Geschäftsleitung)* no subordinados de un banco *decidan, después de sopesar todas las circunstancias*, si dichas relaciones comerciales expuestas deben establecerse o continuar. Los bancos tienen que regular esto claramente en las directrices correspondientes» (traducción libre)<sup>367</sup>.

---

<sup>365</sup> EBK-JAHRESBERICHT 1987, Bern, enero de 1988, pp. 29-30.

<sup>366</sup> EBK-GELDWÄSCHEREIBERICHT, Bern, marzo de 2003, pp. 25-25.

<sup>367</sup> EBK-JAHRESBERICHT 1987, Bern, enero de 1988, pp. 29-30.

Así pues, han sido dos las “herencias” del «caso Marcos»<sup>368</sup>. La *primera* corresponde a la evidencia de que los bancos *conocían* la contingencia de que su intervención permitiera la «deslocalización» propia de los procesos de *desconexión informacional* («blanqueo») <sup>369</sup>. La *segunda* es que —a partir de ello— la «alta dirección» (*Geschäftsleitung*) de los bancos suizos pasó a estar obligada a *conocer y aprobar* la gestión y el movimiento de los activos de las PEPs extranjeras. ¿El propósito resolutorio de ello? Proteger la reputación del banco y del sistema bancario suizo como un todo. Es decir: tal *output* no llevó en consideración cualquier aspecto del daño causado a los ciudadanos y al *estado de libertades* [*Freiheitlichkeit*] que les corresponde, y tampoco al orden del Estado Democrático de Derecho.

## 2.3 La respuesta pública

En 1994, antes de la entrada en vigor —1995— de las disposiciones penales sobre corrupción en el Código Penal suizo, el *Strafgesetzbuch*

---

<sup>368</sup> BAUER, Hans-Peter. “How to Deal with Politically Exposed Persons”. In: PIETH, Mark (ed.), *Recovering stolen assets*. Bern: Peter Lang, 2008, pp. 195-217.

<sup>369</sup> Pese a la mencionada directriz de la EBK, el «caso Marcos» volvió a poner en jaque la reputación de la banca suiza. Eso sucedió en 1991, a causa de la operación “*Domino*”, cuyas investigaciones han desvelado que el Swiss Bank seguía administrando USD 12,3 billones vinculados a una *gold account* del expresidente de Filipinas. Pese a que tal hecho haya sido reconocido en una grabación autenticada por parte de un empleado *senior* del mencionado banco, la EBK —paradójicamente— no responsabilizó a los directivos que intervinieron en ello. De ahí la crítica de Chaikin y Sharman en el sentido de que, en ese caso, la omisión de la supervisión bancaria de Suiza, no solo impidió la mensuración del volumen global de los activos bancarizados de Marcos, sino que también permitió que la banca siguiese extrayendo beneficios de la administración de las ganancias ilícitas que no fueron alcanzadas por las investigaciones. *Cfr.* CHAIKIN, David; SHARMAN, Jason. *Corruption and money laundering: a symbiotic relationship*. Palgrave Macmillan: New York, 2009, p. 167.

(en adelante «StGB»), la EBK intensificó la señalización de que la “bancarización” de activos identificables como producto de «corrupción política» no era compatible con la actividad bancaria<sup>370</sup>.

En particular, tal juicio de valor sectorial constó de la *Rundschreiben 98/1*, publicada por la EBK, acto normativo que subrayó la importancia de que los bancos tomasen en serio la *imposibilidad* de administrar activos vinculados a ese tipo de riesgo<sup>371</sup>. La razón de ello es que, a pesar de no existir una tipificación penal expresa para la aceptación de ese tipo de activos ilícitos, la normativa reguladora del «riesgo permitido» a la actividad bancaria ya sujetaba la cúpula y los empleados de los bancos al campo de la responsabilidad penal<sup>372</sup>. Ese entendimiento estaba referido a un conjunto de factores regulatorios.

En primer lugar, la *Ley Bancaria de 1934 (Bankengesetz)*, en adelante «BankG», ya exigía, no solo que las personas encargadas de la administración y gestión del banco poseyesen excelente reputación (*einen guten Ruf*), sino también que ellas actuaran para garantizar una conducta de negocio adecuada (*Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten*)<sup>373</sup>.

Ello significa que, en aquel entonces, el actuar funcional de tales personas debería garantizar que, *en cada operación*, la dinámica *ad intra* que estaba bajo su gestión estuviera en conformidad con los parámetros de diligencia debida por las circunstancias (*die nach den*

---

<sup>370</sup> BUNDESAMT FÜR POLIZEI. *Combating Money Laundering in Switzerland*. Bern, octubre 2003, p. 41.

<sup>371</sup> EBK-RS 98/1 GELDWÄSCHEREI, p. 2. Bern, 1998.

<sup>372</sup> EBK-RS 98/1 GELDWÄSCHEREI, p. 3, punto 9. Bern, 1998.

<sup>373</sup> En específico, tales exigencias constan de los artículos 3.2 “c” y 3-f.1 de la *Bankengesetz* de 1934.

*Umständen gebotene Sorgfalt anzuwenden*). En especial, en lo que atañe a la prohibición de la aceptar de fondos que la cúpula del banco *sepa (wie er weiss)* o *deba asumir (oder annehmen muss)* que provienen de procesos de «corrupción política» o de «malversación» de recursos públicos.

Además de ello, esa lógica de diligencia había sido trasladada a la Ley Federal de enfrentamiento del «blanqueo de capitales» en el sector financiero (la *Geldwäschereigesetz*), en adelante «GwG», aprobada el 10 de octubre de 1997. En específico, su artículo 6 pasó a obligar a los bancos a aclarar (i) *los antecedentes económicos* de tales clientes y (ii) el *propósito* de sus transacciones o relación de negocio (para evitar la gestión de ese tipo de activos).

Así, la *Rundschreiben 98/1* estableció una *diligencia de máxima intensidad*: el relacionamiento con la «alta dirección» del banco pasa a estar obligada a decidir, caso a caso, si el banco va –o no– establecer una relación de negocio o realizar una transacción con PEPs extranjeras (*Personen mit bedeutenden öffentlichen Funktionen für einen ausländischen Staat*).

Al respecto, la *Rundschreiben 98/1*, no solo estableció que tal diligencia debe ser observada a nivel gerencial (*Geschäftsleitungsebene*), como señaló que la aceptación de ese tipo de activos es un problema comparable al «blanqueo», pues el cumplimiento exigido por la ley está dirigido justamente a la evitación de esa práctica<sup>374</sup>.

Tal entendimiento, en mi opinión, era correcto para aquel entonces, pues, la norma prohibitiva del *art. 305 bis del StGB* suizo ya alcanzaba al actuar de quien realizare un acto susceptible de frustrar la

---

<sup>374</sup> EBK-RS 98/1 GELDWÄSCHEREI, p. 2, punto 4 y nota de pie 1. Bern, 1998.

determinación del origen, el descubrimiento o el decomiso de bienes que *sepa (wie er weis)* o *deba asumir (oder annehmen muss)* que provienen de una práctica delictiva, es decir: actos propios de la lógica de “deslocalización” u *offshoring*. Ello porque, desde un punto de vista jurídico penal, la norma prohibitiva del *art. 305ter del StGB*, que trata con especificidad de la diligencia insuficiente (*Mangelnde Sorgfalt*), alcanzaba incluso la decisión bancaria de aceptar, conservar, invertir o ayudar profesionalmente a transferir activos en favor de una de PEP por función (extranjera) sin identificar que el beneficiario del servicio bancario posee la condición de PEP.

### **3. El traslado al «Comité de Supervisión Bancaria de Basilea»**

No tardó mucho, y la respuesta pública de la EBK al relacionamiento bancario con las PEPs ha sido trasladada al «Comité de Supervisión Bancaria de Basilea»<sup>375</sup>, en adelante «BCBS». Desde un punto de vista

---

<sup>375</sup> El Comité de Basilea fue creado en 1975, por iniciativa de los presidentes de los bancos centrales que, en aquel entonces, formaban el Grupo de los Diez (G-10), constituido en 1962, bajo el establecimiento del Acuerdo General de Préstamos (GAB) por parte de los gobiernos de Bélgica, Canadá, Francia, Italia, Japón, Países Bajos, Reino Unido y EE. UU. El objetivo de este pacto fue incrementar la disponibilidad de recursos financieros para los préstamos del Fondo Monetario Internacional, posibilitando, incluso, que países no miembros del grupo pudiesen acceder a tal beneficio. El *locus* ordinario de reunión de BCBS es el Banco de Pagos Internacionales, el «BIS», por sus siglas en inglés, ubicado en Basilea, Suiza. En ese local también se encuentra su secretaría permanente, compuesta por 12 miembros. A sus reuniones plenarias, que se celebran cuatro veces al año, asisten también representantes de las autoridades nacionales de supervisión, cuando esta función no recae en el banco central respectivo. Actualmente, el Comité está compuesto por representantes de los bancos centrales de Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Luxemburgo, Países Bajos, España, Suecia, Suiza, Reino Unido y Estados

sectorial, el fundamento de ello ha sido un conjunto de evidencias que subyacieron de investigaciones en Suiza y en los Estados Unidos sobre el papel que un conjunto de bancos ha jugado en la “deslocalización” de activos ilícitos de algunas PEPs.

El fundamento de ese “traslado” ha sido la percepción de que el desvelamiento de tales datos no significaba apenas una pérdida de reputación puntual y limitada a pocos bancos. Más allá de ello, surgieron elementos que han comprobado existir debilidades en el funcionamiento y en la supervisión del sistema bancario como un todo, lo que, por consiguiente, designó el riesgo de *pérdida de confianza* en el sector bancario.

Ahora bien, ¿cuál era el interés del BCBS en ello? El ofrecimiento de una respuesta a tal pregunta pasa por la aclaración del papel que ese organismo desempeña en el sistema bancario. Además de ser el principal referente internacional para la regulación prudencial de los bancos, las actividades del BCBS son caracterizadas como un *foro de cooperación* en materia de supervisión bancaria<sup>376</sup>.

Su propósito funcional –en los términos de su estatuto– es mejorar la regulación, la supervisión y las prácticas de los bancos que forman parte del *Universalbankensystem*. ¿Cómo? Construyendo un marco

---

Unidos. *Cfr.* BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. *The Basel Committee - overview*.

<sup>376</sup> BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS. *Basel Committee Charter*, Junio de 2008.

regulador común<sup>377</sup>, capaz de “afianzar” la estabilidad financiera global y la credibilidad del sistema bancario<sup>378</sup>.

Desde el punto de vista jurídico, con todo, no existe claridad en cuanto a la naturaleza de sus actos. La razón de ello es que – formalmente– tal organismo no posee potestad supranacional. Así, sus políticas y directrices carecen de normatividad estricta, de manera que la única vía de cumplimiento de sus estándares es la adhesión voluntaria y el compromiso unilateral de sus miembros.

A decir verdad, lo que se nota es que ello no ha sido un problema para la difusión de los estándares del BCBS, que han sido transpuestos con éxito a casi todos los ordenamientos jurídicos y sistemas bancarios nacionales. Es más, en la práctica sectorial, los mismos se convirtieron en *inputs* de obligatorio cumplimiento por parte de los bancos. Hay tres razones para ello.

*Primera:* el cumplimiento de tales directrices depende exclusivamente del compromiso de los bancos centrales que han decidido formalizarlas<sup>379</sup>. *Segunda:* las tomas de decisión del BCBS se basan en el consenso de quienes los aprueban. *Tercera:* los decisores, es decir, los miembros del BCBS, son autoridades de bancos centrales y organismos de supervisión bancaria nacional, y en esa condición, ellos actúan, no solo como decisores, sino también como *players* influyentes en el sistema bancario internacional y en la mayoría de las economías de mercado. De ahí la percepción sectorial de que sus estándares –casi

---

<sup>377</sup> *Ibidem*.

<sup>378</sup> *Ibidem*.

<sup>379</sup> DIETER, Kerwer. “Rules that Many Use: Standards and Global Regulation”. In: *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 18, n. 4, October 2005, pp. 611-632.

que por defecto— son paradigmas globales de “obligatorio” cumplimiento.

### 3.1 El *input* reputacional

Ahora bien, el *input* reputacional que llevó el BSBS a dar una respuesta a la condición de riesgo e las PEPs surgió en el año 2000. Me refiero al «caso Abacha», desvelado en Suiza por la *Bundesamt für Polizei*<sup>380</sup>, en el que se ha comprobado que, entre 1993 y 1998, un grupo de 70 bancos (19 de ellos suizos) habían jugado un papel fundamental en el movimiento, gestión y en la “deslocalización” de activos ilícitos de Sani Abacha, el entonces presidente de la República Federal de Nigeria<sup>381</sup>.

Así como Marcos, Abacha (PEP por función), sus hijos y asociados cercanos (PEPs por relación extraorganizacional) utilizaban servicios de private banking<sup>382</sup>. Debido a los *weak points*<sup>383</sup> de ese tipo segmento

---

<sup>380</sup> BCBS. *Managing proceeds of asset recovery: the case of Nigeria, Peru the Philippines and Kazakhstan*. International Centre for Asset Recovery: Working Press Series, 2009, p.7 y ss. DER BUNDESRAT. *Fall Abacha: Schweiz leistet Rechtsbilfe – Bisber sind in der Schweiz 645 Millionen USD gesperrt worden*. Publicado el 21 de enero de 2000.

<sup>381</sup> En ese caso, la EBK logró comprobar que 17 de los 19 bancos han intervenido para beneficiar –bajo conocimiento– a Sani Abacha. Son ellos: Banca del Gottardo, Banque Edouard Constant SA, Banque Nationale de Paris (Suisse) SA, Bank Hofmann AG, Bank Leu AG, Banque Baring Brothers (Suisse) SA, Citibank N.A., Credit Suisse, Crédit Agricole Indosuez (Suisse) SA, Goldman Sachs & Co. Bank, «J. Henry Schroder Bank, Merrill Lynch Bank (Suisse) SA, M.M. Warburg Bank (Schweiz) AG, Pictet & Cie., «SG Rüeegg Bank AG, UBS AG, y UBP Union Bancaire Privée. A respect, *cf.* EBK. *Abacha-Gelder bei Schweizer Banken: Bericht der Eidg. Bankenkommision*. Bern, septiembre, 2000, p. 6.

<sup>382</sup> De los 19 bancos ubicados en Suiza, las principales transacciones de Abacha eran llevadas a cabo por tres bancos del Credit Suisse Group (Credit Suisse Private Banking, Bank Hofmann, y Bank Leu), por el Union Bancaire Privé, por las sucursales suizas de banco francés Credit Agricole-Indosuez, y por el MM Warburg

—principalmente la cercanía, la gestión personalizada y el poder económico del cliente— las investigaciones concluyeron que el *top management level* de cada uno de los bancos involucrados *sabía* que los activos de tales PEPs eran provenientes de procesos de «corrupción política»<sup>384</sup>. En cuanto a ello, las investigaciones de Estados Unidos y Suiza<sup>385</sup> coincidieron en apurar que Sani Abacha logró el movimiento de USD 2 a 5 billones<sup>386</sup> en el sistema bancario internacional<sup>387</sup>. Esa expresividad económica, con todo, no era un dato exclusivo de las relaciones de negocio de Abacha y Marcos. Pasó lo mismo en los casos de Vladimiro Montesinos<sup>388</sup> (asesor político de Alberto Fujimori,

---

Private Banking, de Alemania. BCBS. Vide: BCBS. *Managing proceeds of asset recovery: the case of Nigeria, Peru the Philippines and Kazakhstan*. International Centre for Asset Recovery: Working Press Series, 2009, p.7 y ss

<sup>383</sup> Al respecto, cfr. el análisis que consta del Capítulo cuarto.

<sup>384</sup> U.S. SENATE COMMITTEE. *Private banking and money laundering: a case study of opportunities and vulnerabilities*. Washington, DC: U.S. Printing Government Printing Office, 2000, p. 925 y ss.

<sup>385</sup> EBK. *Abacha-Gelder bei Schweizer Banken Bericht der Eidg. Bankenkommision*, September 2000, pp. 2 y ss.

<sup>386</sup> Al respecto, merece destacar la investigación llevada en Estados Unidos por la U.S. States Senate Committee on Governmental Affairs, en adelante la U.S. Committee, que analizó las intervenciones del CitiBank (oficinas de Nueva York y Londres) y llegó a la misma conclusión: factor que, por supuesto, puso en jaque la percepción de la integridad de la «banca privada», no solo de Suiza, que ya tenía mala fama, pero del Reino Unido y Nueva York. Cfr. U.S. SENATE COMMITTEE. *Private banking and money laundering: a case study of opportunities and vulnerabilities*. Washington, DC: U.S. Printing Government Printing Office, 2000, p. 926 y ss.

<sup>387</sup> En aquella época, ese valor representaba alrededor del diez por ciento de los ingresos de petróleo que Nigeria recibía a lo largo de cinco años, y que debería costear las políticas públicas dirigidas a garantizar derechos fundamentales y a reducir la pobreza del país. De ahí la gran repercusión del caso en los medios de comunicación. En ese sentido, el periódico *The Guardian* afirmaba: *It had been assumed that funds allegedly embezzled in the world's largest case of political corruption were sent from Nigeria to countries with tight banking secrecy regulations in an effort to conceal their origin before they reached mainstream financial centres like London or New York*. Cfr. THE GUARDIAN, “British banks the source of dictator's corrupt £84m”, publicado en: 5 de septiembre de 2001.

<sup>388</sup> EBK. *EBK verlangt Entfernung von Bankleiter Untersuchung der Bankenaufsicht im Fall Montesinos abgeschlossen*. Noviembre, 2001, pp. 1-3.

el entonces presidente de Perú)<sup>389</sup>, y de Mobutu Sese Seko<sup>390</sup> (entonces presidente del Congo y de Zaire)<sup>391</sup>, y con otras PEPs.

Ello es lo que consta del informe de Transparencia Internacional que listó los mayores los mayores flujos de activos subyacentes de procesos de «corrupción política» conocidos, y en gran parte decomisados hasta el año 2001<sup>392</sup>, es decir, antes de la regulación del concepto de PEP en la política de cooperación bancaria internacional.

**Tabla 2** – Los diez mayores casos de «blanqueo de capitales» protagonizados por PEP hasta el año 2001.

| PEP                  | Función Pública   | Activos derivados de «corrupción» (USD) | PIB <i>per capita</i> del país en 2001 (USD) |
|----------------------|---|---|--|
| Mohamed Suharto      | Presidente de Indonesia (1967-1998)                                 | 15 a 35 billones                        | 695  |
| Ferdinand Marcos     | Presidente de Filipinas (1965-1986)                                 | 5 a 20 billones                         | 912  |
| Mobutu Sese Seko     | Presidente del Congo (1965-1971)<br>Presidente de Zaire (1971-1997) | 5 billones                              | 99   |
| Sani Abacha          | Presidente de Nigeria (1993-1998)                                   | 2 a 5 billones                          | 319  |
| Slobodan Milosevic   | Presidente de Serbia-Yugoslavia (1989-2000)                         | 1 billón                                | Sin mensuración                              |
| Jean-Claude Duvalier | Presidente de Haití (1971-1986)                                     | 300 a 800 millones                      | 460  |
| Alberto Fujimori     | Presidente de Perú (1990-2000)                                      | 600 millones                            | 2,051  |

<sup>389</sup> DIE BUNDESVERSAMMLUNG. *Montesinos-Gelder und Sorgfaltspflicht der Banken*, 2000, [Web en línea]. [Consulta: 04 jun. 2018].

<sup>390</sup> EBK-*Geldwäschereibericht*, Bern, marzo de 2003, p. 17.

<sup>391</sup> TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Seize Mobutu's wealth or lose your own money, western governments told*. [Web en línea]. [Consulta: 23 jun. 2018].

<sup>392</sup> TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Global Corruption Report 2004*, London, enero 2004, p. 13. [Web en línea]. [Consulta: 23 jun. 2018].

|                 |  |                    |     |
|-----------------|--|--------------------|-----|
| Pavlo Lazarenko | Primer Ministro de Ucrania (1996-1997) | 114 a 200 millones | 766 |
| Arnoldo Alemán  | Presidente de Nicaragua (1997-2002)    | 100 millones       | 490 |
| Joseph Estrada  | Presidente de Filipinas (1998-2001)    | 78 a 80 millones   | 912 |

**Fuente:** Transparencia Internacional, 2004.

Es verdad que, a lo largo de la década de 1990, los ordenamientos jurídicos nacionales recién empezaban a adherir a la política de criminalización de la «Convención de Viena de 1988» y alinearse a las *40 Recomendaciones* que el «Grupo de Acción Financiera Internacional»<sup>393</sup> (en adelante «GAFI») desarrolló para prevenir la “bancarización” de activos ilícitos<sup>394</sup>.

Sin embargo, parte de los flujos ilícitos del «caso Abacha» estaba bajo la gestión de *private banking* de las oficinas de CitiBank en Nueva York y Londres, y en esos casos, la escena normativa cambia. Ello porque, Estados Unidos, no solo contaba con la *Bank Secrecy Act*<sup>395</sup> y otras disposiciones del *U.S. Code*, dirigidos a evitar la circulación de capitales ilícitos, como había protagonizado el proceso de implementación la

<sup>393</sup> BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, pp. 110 y ss; AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e Direito penal*, 2007, pp. 15 y ss;

<sup>394</sup> Al respecto de las peculiaridades del GAFI» *cf.* CORRÊA, Luiz Maria Pio. *O Grupo de Ação Financeira Internacional: organizações internacionais e crime transnacional*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013, pp. 94-100.

<sup>395</sup> En particular, el marco estadounidense de enfrentamiento de la “bancarización” de activos ilícitos era formado, en aquel entonces, por dos vías. De un lado, la «BSA», es decir, la Sección 5318(h) del Título 31 del «U.S. Code», que trata de la vía preventiva, y del otro, la «Money Laundering Control Act of 1986», que prohíbe por la vía penal a cualquier persona a participar a sabiendas de una transacción financiera que involucre el producto de actividad ilegal específica, incluyendo el soborno. U.S. SENATE COMMITTEE. *Private banking and money laundering: a case study of opportunities and vulnerabilities*. Washington, DC: U.S. Printing Government Printing Office, 2000, p. 873.

*política de [co]operación* diseñada en las *Recomendaciones* del GAFI. Lo mismo es válido para el Reino Unido<sup>396</sup>.

Por tanto, ello significa que –desde un punto de vista normativo– CitiBank y todos los bancos que operaban en Estados Unidos y Reino Unido estaba obligados, no solo a identificar a sus clientes, sino también a estructurar la dinámica *ad intra* de sus actividades a partir de *cuatro frentes*<sup>397</sup> de prevención.

El *primer frente* corresponde a la adopción e implementación de un «programa de cumplimiento específico» para la prevención de la “bancarización” de activos ilícitos, siendo obligatorio, en todo caso, que la coordinación y ejecución de tal programa estuviera: (i) a cargo de un «director» y de un «oficial de cumplimiento», y (ii) sujeta al control de una función de «auditoría interna» (para comprobar su eficacia).

Al *segundo frente*, a su vez, corresponde la «especial atención» que debería ser dada a un conjunto de transacciones. En específico, aquellas: (i) que involucrasen un gran volumen de activos, (ii) cuya legalidad y propósito no fueran visibles, o (iii) que tuvieran como parte clientes y beneficiarios de países que no contaban con una normativa alineada al marco de prevención de la “bancarización” de activos ilícitos.

El *tercer frente* (de difícil cumplimiento debido a su conflicto con el interés económico de los bancos y al lazo de *deferential trust* con el

---

<sup>396</sup> LEVI, Michael. “Money laundering and its regulation”. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 582, 2002, pp. 186 y ss.

<sup>397</sup> FATF. *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation*, 1991-2020, Paris, pp. 6-107.

cliente)<sup>398</sup> determina que, en regla, la detección de una «sospecha» de procedencia ilícita del activo genera un «deber de abstención». O sea: el banco debía detener la ejecución de la transacción, y retomarla, apenas, tras haber informado de tal circunstancia a la inteligencia financiera del Estado. Y por fin, el *cuarto frente*, está referido a la obligatoria capacitación del personal bancario para que los tres frentes anteriores fuesen debidamente ejecutados por ellos. Siendo esto así, subyace que ambos países contaban con una política pública de prevención cuyo diseño normativo ya había convertido la prevención de la “bancarización” y de la desconexión informacional de activos ilícitos («blanqueo de capitales»), en un *obligatory purpose*, no solo al Estado, sino, principalmente, a los bancos, que así deberían a [co]operar en torno del enfrentamiento de ese problema público.

**Figura 6 – Dinámica de la política de [co]operación bancaria**



**Fuente:** Creación propia.

<sup>398</sup> FLANNIGAN, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, 1989, p. 287.

Ahora bien, pese a que esa fuera la *fotografía normativa* de aquel contexto, la *fotografía fáctica* capturada por la investigación<sup>399</sup> del «caso Abacha» reveló imágenes de (in)cumplimiento consciente en la realización de servicio de *private banking* de CitiBank.

Ello, porque no hubo –por parte del gerente personal y tampoco de los supervisores de la *alta dirección*– ningún registro acerca de la potencial exposición de los miembros de la familia Abacha al riesgo de «corrupción política»<sup>400</sup>. Además, la falta de justificación clara para el alto volumen de activos transferidos de modo transfronterizo a las cuentas de tales personas (identificadas por números y nombres ficticios) no generó ninguna *red flag* interna<sup>401</sup>.

En las cuentas de Londres, por ejemplo, los fondos de activos aumentaron significativamente en un corto período de tiempo: de USD 18,5 millones en 1996, a USD 45 millones en 1997, llegando a USD 60 millones en 1998. Las cuentas de Nueva York, a su vez, fueron abiertas en 1992, y el flujo inicial era de USD 2 millones. Tras 6 meses, hubo un aumento drástico de valores depositados en ellas: USD 15 millones a fines de 1994, y USD 35 millones a principios de 1995<sup>402</sup>.

---

<sup>399</sup> U.S. SENATE COMMITTEE. *Private banking and money laundering: a case study of opportunities and vulnerabilities*. Washington, DC: U.S. Printing Government Printing Office, 2000, pp. 927 y ss.

<sup>400</sup> U.S. SENATE COMMITTEE. *Private banking and money laundering: a case study of opportunities and vulnerabilities*. Washington, DC: U.S. Printing Government Printing Office, 2000, pp. 927 y ss.

<sup>401</sup> *Ibidem*, pp. 934.

<sup>402</sup> *Ibidem*, pp. 926-927. La «banca privada» de CitiBank también administraba una tercera cuenta en Jersey, pero los investigadores no han logrado obtener su información financiera a causa de la protección de la confidencialidad garantizada por este país.

Por otro lado, se constató que tales clientes realizaban transferencias transfronterizas de grandes volúmenes de activos financieros sin dificultades operativas. En abril de 1996, Citibank movió USD 10 millones, desde Londres a Nueva York, y USD 4,5 millones, en abril de 1997. Posteriormente, en septiembre de 1998, fueron movidos USD 39 millones en cuatro transferencias, desde Londres a varios beneficiarios en Suiza y otros países<sup>403</sup>.

Por ello, la conclusión de la investigación dirigida por el «Senado» de los Estados Unidos ha sido enfática: el Estado suponía –por fuerza de la política de [co]operación vigente– que las cuentas bancarias de figuras públicas (las PEPs) estaban sujetas al más alto nivel de escrutinio proporcionado por los servicios de *private banking*. Con todo, el contraste fáctico indicó que tales relaciones de negocio se caracterizaban más por la «deferencia al cliente» que por la «debida diligencia»<sup>404</sup>.

### 3.2 La maximización de la respuesta pública

La percepción de los *inputs* fácticos delimitados en los apartados anteriores, principalmente el «caso Abacha», llevó el BCBS a publicar

---

<sup>403</sup> Un dato llamativo es que, dentro de dos meses, el saldo de los activos bancarizados por la familia Abacha aumentó de US\$ 2 millones a US\$ 15 millones (diciembre de 1995), llegando a US\$ 35 millones (enero de 1996). La mayor parte de estos valores era retirada en un corto espacio de tiempo. Aun así, no hubo *red flag* interna. *Cfr.* U.S. SENATE COMMITTEE. *Private banking and money laundering: a case study of opportunities and vulnerabilities*. Washington, DC: U.S. Printing Government Printing Office, 2000, pp. 927-321.

<sup>404</sup> *Ibidem*, p. 934

una respuesta pública paradigmática para la gestión de la condición de riesgo de las PEPs y de toda la clientela bancaria.

Me refiero a la «*política de debida diligencia a la clientela de los bancos*» (en adelante «la política del BCBS»), publicada en octubre de 2001<sup>405</sup>: medida resignificó la dinámica *ad intra* de los bancos a partir del paradigma de la «prudencia».

El propósito declarado de ese cambio, según el propio BCBS<sup>406</sup>, fue inaugurar un nuevo marco regulador. ¿Cómo? A partir de la premisa de que *las fuentes de riesgo no son los bancos, sino los clientes*. Esa visión, proveniente de las evidencias subyacentes de los casos Marcos y Abacha, ha sido la causa fundamental del denominado el «*enfoque basado en el riesgo*»: método de gestión del riesgo bancario que establece una relación consecencial entre el «conocimiento» de *quién es cliente* y la *intensidad de las medidas* que se les debe aplicar.

### **3.2.1 La estandarización soslayada del núcleo semántico de las PEPs**

De lo anterior subyace que, a partir del *enfoque basado en el riesgo*, pasa a ser fundamental especificar *quiénes están la condición de PEPs*, ya que el *riesgo prospectivo* que está vinculado a ellas tiene un significado peculiar a los bancos. Aunque la EBK ya hubiese iniciado (*im weiteren Sinne*) tal labor, ha sido el BCBS quien estandarizó a nivel global el campo semántico de la condición de PEPs.

---

<sup>405</sup> BCBS. *Debida diligencia con la clientela de los bancos*, Basilea, octubre de 2001, p. 17.

<sup>406</sup> *Ibidem*.

Según lo especificado en su política, esa etiqueta comprende las «personalidades que cumplen o han cumplido funciones públicas destacadas»<sup>407</sup>. El razonamiento de ello es intuitivo: cuanto mayor el “destaque” funcional del cargo (posición de confianza), mayor va a ser la exposición de quien la ejerza al *riesgo de doble cara*<sup>408</sup>. Y, en consecuencia, también va a ser mayor la contingencia de que ellas busquen al servicio bancario –principalmente el *private banking* y la *wealth management*– con el fin de *offshoring* y *desconexión* («blanqueo») de activos vinculados a procesos de «corrupción política».

Esa es lógica que ha sido reflejada en el *ítem 41* de la «política del BCBS», en donde constan las «funciones públicas» que, en la concepción de ese organismo, generan tal condición de riesgo. Son ellas: (i) «jefes de Estado»; (ii) «jefes de gobierno»; (iii) «líderes políticos de larga trayectoria»; (iv) «altos cargos» del gobierno, del poder judicial y de las fuerzas armadas; (v) «importantes ejecutivos» de empresas del Estado; (vi) «miembros influyentes» de los partidos políticos<sup>409</sup>.

Siguiendo la tipología propuesta en el *Capítulo tercero* de la presente investigación, se tiene que esas serían las PEPs por función, es decir: las personas que están expuestas al *riesgo de doble cara* en la *modalidad propia*. Además de ello, el mismo *ítem 41* extiende tal condición a quienes no ejercen la función pública.

En particular, esa *clausula extensiva* alcanza específicamente a las «personas o sociedades claramente relacionadas» con quienes están investidos en la autoridad propia de un cargo público, y que, por ello,

---

<sup>407</sup> *Ibidem*.

<sup>408</sup> Al respecto, *cf.* el análisis del *Capítulo segundo*.

<sup>409</sup> BCBS. *Debida diligencia con la clientela de los bancos*, Basilea, octubre de 2001, p. 17.

también deben estar comprendidas en el grupo de clientes de «riesgo alto». El fundamento de ello son sus capacidades para facilitar e influenciar el ejercicio de la autoridad decisional de las PEP por función: factor que le convierte en PEPs por relación extraorganizacional (modalidad impropia de riesgo) <sup>410</sup>. De ahí el acierto de incluirlas en el campo semántico de tal condición de riesgo.

Pese a que en la modalidad impropia de exposición al riesgo (PEP por relación) sea adecuada la utilización de un estándar *normativo abierto* (para permitir su adaptación a las distintas realidades culturales de los países que van a implementarlo), el BCBS ha conformado un estándar *soslayado y demasiado indeterminado* para las PEP por función. Soslayado porque, siguiendo la lógica de la EBK, su mirada está puesta en las PEPs extranjeras que ejercen sus funciones en países afectados por la corrupción.

El problema de ello es que, siendo el BCBS un regulador global, su estándar debería haber salido de la “burbuja suiza” de que el problema empieza cuando el activo ilícito llega a Berna, Ginebra, Basilea o Zúrich. Antes de ello, las PEP por función utilizan la banca de sus propios países, siendo la banca local la *fast track* que genera el movimiento transfronterizo hacia las jurisdicciones *offshore*. Así pues, esa mirada soslayada ha sido un gran equívoco, pues su contenido pasó –y de modo selectivo– por la real dimensión fenoménica del riesgo de doble cara inherente a las PEPs por función.

---

<sup>410</sup> Al respecto de los fundamentos que pueden justificar esa inclusión, *cf.* el análisis del *Capítulo tercero* de la presente investigación.

Por otro lado, esa estandarización soslayada sufre de falta de precisión. Me explico. Aunque la técnica de «indeterminación» –o «textura abierta»<sup>411</sup>– permita una mejor adaptabilidad del concepto de PEPs al escenario transnacional de la actividad bancaria, el campo semántico delimitado por el BCBS ha sido demasiado genérico, lo que, por consiguiente, causa un punto de debilidad operativa.

Según la literatura<sup>412</sup>, la calificación de un concepto como «determinado» resulta de la existencia de un núcleo que permite responder –*de inmediato y con certidumbre*– a la cuestión de si un supuesto está comprendido («certeza positiva») o excluido («certeza negativa») de su campo semántico<sup>413</sup>. Pasa lo contrario cuando un concepto es «indeterminado». En esa situación, hay una *certidumbre mínima* que permite la inclusión o exclusión de *algunos pocos supuestos* (los «candidatos positivos o negativos»). Con todo, en cuanto a los *otros muchos supuestos que restan* (los «candidatos neutrales»), lo que hay es la *duda*: dato que «no posibilita afirmar de forma tajante si el *candidato neutral* se queda –o no– comprendido en el concepto.

*Mutatis mutandis*, lo que se nota es que la poca certidumbre del concepto de PEPs por función adoptado por la «política del BCBS» genera más «candidatos neutrales» que «candidatos positivos o negativos», y eso, términos de cumplimiento, significa la potencia del concepto para causar un campo de duda y de discrepancias

---

<sup>411</sup> HART, Herbert. A. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 155-191.

<sup>412</sup> GARCÍA SALVADO, María José. “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2003, pp. 107 y ss.

<sup>413</sup> *Ibidem*, p. 108.

interbancarias acerca de tal condición de riesgo. Situación que, sin lugar a dudas, favorece el menor control del «alto riesgo» de las PEPs.

A título de ejemplo, ¿cuál criterio determina el estatus de «líder político de larga trayectoria»? ¿Ese criterio alcanza un líder con poca trayectoria política, pero que en el presente posee muchas actividades e interacciones políticas? ¿Qué factor determina la condición de «influyente» a los miembros de los partidos políticos? ¿Cuándo un «ejecutivo» será «importante»? ¿Un «cargo intermedio», pero «influyente», deber ser incluido? ¿Cómo el banco determinará que hay “claridad” en la relación entre una «persona o sociedad» y la PEP por función?

Otro supuesto de la «política del BCBS» que se ha quedado en el campo de la duda, es lo relativo al desempeño de función destacada en el poder legislativo. En ese caso, no hubo mención expresa a quienes ejercen funciones públicas en tal poder. Así, ¿solamente los diputados o senadores que sean considerados «líderes políticos de larga trayectoria» o «miembros influyentes de los partidos políticos» deberán ser incluidos en el concepto de PEPs?<sup>414</sup>

---

<sup>414</sup> Aquí, la regulación claramente ha dicho menos de lo que debería haber dicho, ya que la actividad parlamentaria –por su propia naturaleza– atribuye al representante elegido (fiduciario) capacidades de influencia y de participación en el proceso de toma de decisiones públicas, factor que, por sí mismo, genera una exposición continua al riesgo de «corrupción política». Luego, la omisión del BCBS acaba por generar una laguna que preventiva. Aun así, me parece que las razones que sostengo no encuentran respaldo en el razonamiento de Díez-Picazo, pues, en su concepción, los parlamentarios y demás miembros de las asambleas representativas –principalmente los de oposición– deben ser excluidos de la noción de *criminalidad de los gobernantes* (incluyendo la «corrupción»). Ello, porque la función de tales cargos no es gobernar [hipótesis generadora de oportunidades de corrupción], sino controlar a los gobernantes. Por todos los argumentos presentados en los capítulos segundo y

Estos son algunos de los «candidatos neutrales» que, por fuerza de la «indeterminación» regulatoria, exigirán la determinación (i) *nacional* (por parte de los bancos centrales de cada país), o (ii) *interna* (por la autorregulación interna *corporis* y la casuística de los bancos). Y ello, en mi opinión, da margen, no solo para discrepancias interpretativas, sino también para la «aplicación selectiva»<sup>415</sup> *voluntaria* (a causa del interés bancario en no perder el cliente) o *negociada* (a causa del interés del cliente no desea ser etiquetado como una PEP)<sup>416</sup>.

### 3.2.2 La fijación de una diligencia *bottom-up* de máxima intensidad

Pues bien, con la (re)significación de la *política de [co]operación bancaria* a través de un «enfoque basado en el riesgo» fundado en el apelo de «prudencia», la «información» pasa a jugar un papel fundamental, no solo en la identificación de *quién es la PEP*, sino también en la formación del «conocimiento» que va a determinar *dos aspectos* del actuar bancario. El *primero* es la *intensidad de las medidas de prevención* que

---

tercero de esta investigación. Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes*. Crítica: Barcelona, 2000, p. 12.

<sup>415</sup> Sobre los procesos de aplicación selectiva de reglas, *cfr.* BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico penal*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1989, p. 172 y ss; BERGALLI, Roberto. *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*. Buenos Aires: Ad hoc, 1999. p. 228 y ss.

<sup>416</sup> En el caso de los servicios de *private banking*, esa negociación es facilitada por el hecho de que, en regla, los clientes concentran el poder político y económico, de manera que su mayor poder de negociación con la gerencia de relacionamiento y con la alta gerencia aumenta las posibilidades de desconsideración del intento de “etiquetamiento” por parte de un oficial de cumplimiento. *Cfr.* FRIEDRICHS, David. *Trusted Criminals: White Collar Crime in Contemporary Society*. Belmont: Thomson Wadsworth, 2010, p. 236.

van a ser prudentemente aplicadas al cliente debido a su *perfil de riesgo*. El *segundo* es el *grado de interacción (bottom-up)* entre el nivel inferior y el superior del banco para el desarrollo prudente de una relación de negocio.

Eso significa que, cuanto mayor el riesgo asignado al cliente, más intensa va a ser la diligencia debida, y mayor va a ser la interacción comunicacional entre los niveles *top*, intermedio y bajo del *management* del banco<sup>417</sup>. En cuanto a ello, el *punto 20* de la política del BCBS<sup>418</sup> ha fijado que la condición de PEP, *per se*, designa un «*riesgo alto*» al banco. Ello significa que, en ese caso, el deber de actuación prudente del banco exige la máxima intensidad del flujo de información *bottom-up*, para que así, el nivel *top* del banco conozca e intervenga directamente en el relacionamiento con PEPs.

A partir de la delimitación de *quiénes están en la condición de PEP*, el *ítem 41* de la política del BCBS ha determinado –repetiendo las directrices internas de la EBK– que, *antes de establecer cualquier relación de negocio con el cliente*, los bancos deben cumplir *cuatro deberes* que, en conjunto, conforman una *diligencia de máxima intensidad*<sup>419</sup>. Son ellos:

- I. Llevar a cabo un *análisis de la clientela* del banco, con el fin de identificar quiénes son los clientes que ya están en la condición de PEP.

---

<sup>417</sup> Al respecto de la dinámica *ad intra* de la organización empresarial, *cfr.* MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, 2008, p. 57.

<sup>418</sup> BCBS. *Debida diligencia con la clientela de los bancos*, Basilea, octubre de 2001, p. 12.

<sup>419</sup> *Ibidem*, p. 17.

- II. *Recabar suficiente información* para determinar si el cliente está o no en la condición de PEP.
- III. *Investigar el origen de los fondos de la PEP antes de aceptarla como cliente, o de aprobar su relación de negocio.*
- IV. Establecer al «*más alto nivel de dirección del banco*» la incumbencia de decidir la apertura, o no, de cuenta para una PEP.

Conforme se nota, el BCBS –siguiendo la línea de la EBK– sujeta el relacionamiento entre el banco y la PEP a una *rigurosidad prudencial*. La aceptación o rechazo de tal cliente (o de sus transacciones) depende de un *juicio de valoración final* realizado por la «alta dirección», para que así, el *nivel top* del banco (gobierno) considere las consecuencias internas y externas del riesgo que puede ser realizado a partir de la relación con la PEP.

#### **Palabras sobre palabras: ¿qué es la «alta dirección»?**

Dentro de la estructura organizacional de los bancos, la «alta dirección»<sup>420</sup>, según especifica el BCBS<sup>421</sup>, consiste en «un grupo central de personas responsables de la gestión diaria, sólida y prudente del banco ante el «Consejo de Administración» (que dirige y vigila sus actividades). En términos funcionales, ese órgano debe:

- I. Actuar de conformidad con (a) la estrategia de negocio del banco, (b) el «*apetito por el riesgo*»<sup>422</sup>, es decir, el nivel agregado y los tipos de riesgo

<sup>420</sup> De acuerdo con el BCBS, algunos países denominan la «Alta Dirección» como «Comité Ejecutivo», «Consejo Ejecutivo» o «Consejo Directivo». Cfr. BCBS. *Principios de gobierno corporativo para los bancos*, 2015, p. 6.

<sup>421</sup> BCBS. *Principios de gobierno corporativo para los bancos*, 2015, p. 21.

<sup>422</sup> Ese concepto ha sido difundido, no solo por el BCBS, sino también por el «Consejo de Estabilidad Financiera», el «FSB», por sus siglas en inglés. Su objetivo operacional es “reducir el riesgo moral de las instituciones financieras, que son sistémicamente importantes”. FINANCIAL STABILITY BOARD. “Principles for An Effective Risk Appetite Framework”. Noviembre de 2013, pp. 1-12.

que el banco (bajo una decisión previa y dentro de su capacidad de gestión) está dispuesto a asumir para lograr sus objetivos estratégicos y plan de negocios, (c) las políticas aprobadas por el «Consejo de Administración».

II. Ejercer una «adecuada vigilancia» para garantizar que, en la dinámica *ad intra* que está bajo su control, los mencionados referentes sean observados por sus subordinados y reflejados en las actividades del banco.

III. Estar formado por personas (a) con la experiencia organizacional, competencia técnica e integridad ética necesarias para gestionar, tanto el negocio bancario, como el personal que está bajo su supervisión; y (b) que hayan sido seleccionadas mediante promoción o proceso de contratación apropiados para tal puesto.

Por otro lado, para que tal juicio pueda ser realizado hace falta que exista un flujo de información *bottom-up* que permita a la «alta dirección» la visualización del riesgo: factor fundamental para el cumplimiento de sus deberes de *conocer* e *intervenir* directamente en la gestión del riesgo inherente a las PEPs. Y ello, por cierto, es válido, no solo para su aceptación en la clientela, sino para el desarrollo de la relación de negocio como un todo.

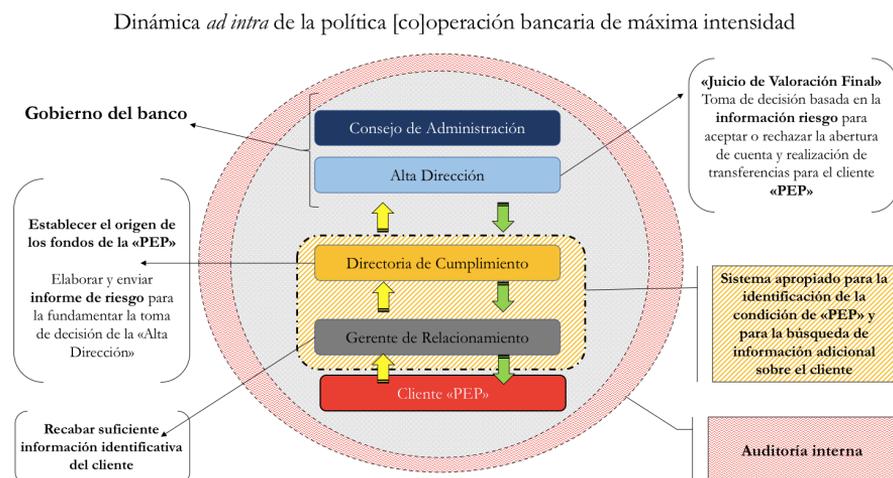
En términos operacionales, para que el mencionado «juicio de valoración final» pueda ser realizado, hace falta un «análisis retrospectivo» que, según el BCBS<sup>423</sup>, debe considerar: (i) los antecedentes de la PEP, (ii) su país de origen (factor geográfico), (iii) la función pública que ella ejerce, (iv) si la transacción involucrará una persona que ocupa posición de destaque en el sector privado (o sea, una «persona económicamente expuesta»); (v) las cuentas que están vinculadas a su

---

<sup>423</sup> BCBS. *Debida diligencia con la clientela de los bancos*, Basilea, octubre 2001, p. 12.

nombre; y (vi) sus actividades de negocio u profesión antes de la investidura en el cargo público.

**Figura 7** – Diligencia de máxima intensidad para el relacionamiento bancario con las PEP (estándar normativo del BCBS)



**Fuente:** Elaboración propia.

Así pues, la política del BCBS ha configurado un estándar para la dinámica bancaria *ad intra* que –desde un punto de vista normativo– obliga a la cúpula bancaria a conocer toda y cualquier operación que, desde un punto de vista fenoménico, designe la contingencia de que el servicio bancario sea utilizado para la realización del riesgo prospectivo de desconexión informacional (o «blanqueo») de activos ilícitos de las PEPs.

### 3.3 El propósito resolutivo

La toma de postura y respuesta que he acabado de delimitar, está referida a un problema sectorial: la afectación de la reputación del sector bancario a causa de la repercusión mediática de los casos «Marcos» y «Abacha». Ello explica la intensidad de su contenido, que ha sido configurado con el objetivo de (des)construir el mensaje de «complicidad» de la banca con las PEPs (comunicación de «macronivel»)<sup>424</sup>.

La causa de ello es que, con la repercusión negativa de la relación entre las PEPs y los «bancos» de distintos países, se generó un sentimiento de (des)confianza en contra de la banca como un todo. En consecuencia, el BCBS se vio obligado a (re)marcar a los bancos que formaban parte del *Universalbankensystem* el mensaje que la EBK ya había enviado a los bancos del sistema suizo en 1987<sup>425</sup>: la máxima intensidad de la diligencia aplicada a las PEPs era una medida necesaria para evitar los «costes» que subyacen de la “bancarización” de activos ilícitos (comunicación de «micronivel»)<sup>426</sup>.

En ese sentido, el *ítem 43* de la política del BCBS<sup>427</sup> ha subrayado que, si el banco «sabe» (o «debería saber») que los activos de uno de sus clientes provienen de procesos de «corrupción política», pasa a ser «indeseable, inmoral e incompatible con la conducción apropiada de

---

<sup>424</sup> VAN DIJK, Teun A. En: “Análisis del discurso”. *Anthropos*, 186, septiembre-octubre, 1999, p. 27.

<sup>425</sup>EBK-JAHRESBERICHT 1987, Bern, enero de 1988, pp. 29-30.

<sup>426</sup> VAN DIJK, Teun A. En: “Análisis del discurso”. *Anthropos*, 186, septiembre-octubre, 1999, p. 27.

<sup>427</sup> BCBS. *Debida diligencia con la clientela de los bancos*, Basilea, octubre 2001, p. 17.

las operaciones bancarias»<sup>428</sup> aceptar o mantener una relación de negocio con tal persona.

¿La razón de ello? Según el BCBS, *la exposición del banco a considerables riesgos «legales» y de «reputación»*. En particular, se ha especificado en el *ítem 42* tres potenciales «costes» que designan, no solo un *incentivo* a la incorporación y cumplimiento del mencionado diseño de [co]operación, sino también el *sentido* de aplicación de los cuatros deberes que lo conforman.

*Primer coste*: la intervención en la “bancarización” y gestión de activos vinculados a procesos de «corrupción» puede dañar la reputación del banco y socavar la «confianza» de los ciudadanos en las normas éticas del sector bancario<sup>429</sup>. La causa de ello, según el BCBS, es que los medios de comunicación realizan un análisis profundizado de todo lo que las PEPs (figuras públicas) han hecho, y eso incluye una mirada especial hacia a los bancos que ellas eventualmente han utilizado para gestionar sus activos ilícitos<sup>430</sup>.

Además de ello, los *análisis de los medios* acerca de hechos que involucran una o más PEPs, suelen ser realizados bajo la lógica que ROTHE y KAUZLARICH<sup>431</sup> han denominado de *hollywoodization*, es decir: el sensacionalismo televisivo que acaba por escandalizar informaciones sobre asuntos sensibles a la moral y a la justicia

---

<sup>428</sup> *Ibidem*.

<sup>429</sup> En ese sentido, el BCBS define el riesgo de reputación como «*la posibilidad de que una publicidad negativa relacionada con las prácticas y relaciones de negocios de un banco, ya sea acertada o no, cause una pérdida de confianza en la integridad de la institución*». BCBS. *Debida diligencia con la clientela de los bancos*, Basilea, octubre 2001, p. 110.

<sup>430</sup> BCBS. *Debida diligencia con la clientela de los bancos*, Basilea, octubre 2001, p. 17.

<sup>431</sup> ROTHE, Dawn; KAUZLARICH, David. *Crimes of the powerful: an introduction*. New York: Routledge, 2016. p. 18 y ss.

criminal. De ahí su potencia para provocar la inmediata la reacción subjetiva y la mediática movilización objetiva de distintos ciudadanos y grupos de presión<sup>432</sup>.

Por ello, el BCBS entiende que la exposición mediática de la vinculación de la práctica corruptiva protagonizada por una PEP y el banco fragiliza la reputación y aceptación de mercado del banco. Incluso pueden generar una reacción social y política capaz de afectar la gestión interna y, dependiendo del entorno, inviabilizar la propia actividad<sup>433</sup>.

*Segundo coste:* al aceptar tales clientes, el banco estaría expuesto a «costes» inherentes (i) al cumplimiento de órdenes judiciales de decomiso, (ii) solicitudes de información útil a la persecución penal, y (iii) a eventuales «juicios por daños interpuestos por el Estado o las víctimas de un régimen»<sup>434</sup> dirigido por el cliente PEP<sup>435</sup>, lo que, en alguna medida, acabaría por sujetarlo a un *accountability* societal<sup>436</sup>.

---

<sup>432</sup> *Ibidem*.

<sup>433</sup> *Mutatis mutandis*, la dimensión del impacto reputacional en el desarrollo de la actividad económico empresarial puede ser mensurada a partir de los casos WorldCom, Enron y Lehman Brothers. Al respecto, *cf.* GIROUX, Gary. “What Went Wrong? Accounting Fraud and Lessons from the Recent Scandals”. *Social Research*, v. 75, n. 4, 2008, pp. 1205-1238 PETRICK, Joseph; SCHERER, Robert. “The Enron Scandal and the Neglect of Management Integrity Capacity”. *American Journal of Business*, v. 18, n. 1, pp. 37-50.

<sup>434</sup> BCBS. *Debida diligencia con la clientela de los bancos*, Basilea, octubre 2001, p. 17. Tal mención es una respuesta expresa a las demandas llevadas a cabo por Filipinas, por medio de la PCGG, para la recuperación de los recursos públicos desviados por el expresidente Marcos, y que se encontraban depositados en bancos suizos. *Cfr.* OFFICIAL GAZETTE, *Executive Order n° 1*, del 29 de febrero de 1986.

<sup>435</sup> Sobre ello, hace falta destacar que esa mirada hacia el riesgo de las PEPs ha sido selectiva. La razón de ello es que reguladores del BCBS lo han vinculado, específicamente, a los «países donde la corrupción es generalizada», ya que, según su visión, en estos locales las PEPs pueden «abusar de su poder» para incrementar su

*Tercer coste:* el (in)cumplimiento de la diligencia (de máxima intensidad) debida a las PEPs, expone al «banco» (persona jurídica), al «consejo de administración», su «alta dirección» y «empleados» (personas físicas) al campo de la responsabilidad penal por la realización del «riesgo alto» que ha sido (pre)determinado la política del BCBS<sup>437</sup>.

En particular, el BCBS puso el acento en la interpretación de que tales personas podrán ser imputadas por «blanqueo de capitales» (por su intervención en el *iter* de la *desconexión informacional*) si ellas «sabían» –o «deberían saber»– que los fondos de su cliente PEP eran productos de la práctica de «corrupción política»<sup>438</sup>.

Por tanto, lo que subyace a la exégesis de la toma de postura del BCBS es que:

1. Ella ha sido tomada para (des)construir el mensaje de «complicidad bancaria», de manera que el núcleo esencial de su *comunicación de macronivel* es la «polarización ética» del «nosotros» (sistema bancario) y del ellos (PEPs)<sup>439</sup>.
2. Para ello, se delimitó –de modo soslayado– que la condición de riesgo de las PEPs designa, no solo la intolerancia de la supervisión

---

patrimonio personal. BCBS. *Debida diligencia con la clientela de los bancos*, Basilea, octubre 2001, p. 17.

<sup>436</sup> O'DONNELL, Guilherme. *Accountability and new polyarchies*, p. 29-52.

<sup>437</sup> BCBS. *Debida diligencia con la clientela de los bancos*, Basilea, octubre 2001, p. 17.

<sup>438</sup> Esa es línea es conforme al pensamiento que Naucke utiliza al tratar el concepto de politischen Wirtschaftsstraftat. Cfr. NAUCKE, Wolfgang. *El concepto de delito económico político. Una aproximación*. Madrid: Marcial Pons, 2015, 137p. En el mismo sentido, Kai Ambos propone un conjunto de fundamentos de responsabilidad penal internacional de las empresas en materia de derechos humanos. Cfr. AMBOS, Kai. *Derecho Penal Internacional Económico: fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, 167p.

<sup>439</sup> VAN DIJK, Teun A. En: “Análisis del discurso”. *Anthropos*, 186, septiembre-octubre, 1999, p. 25-27.

bancaria con la «corrupción» («autopresentación positiva» del sistema bancario), sino también el intento de normativizar la falta del interés de la banca en la gestión de activos ilícitos de las PEPs. No todos, apenas las extranjeras vinculadas a países de riesgo («heterorrepresentación negativa»).

3. La máxima diligencia debida a las PEPs era una forma de protección de la banca y del sector bancario como un todo, inexistiendo cualquier preocupación con los intereses los «ciudadanos», o con la preservación de las instituciones del «Estado Democrático de Derecho»<sup>440</sup>. Luego, el objetivo declarado de esa regulación no es prevenir los daños sociales que pueden ser causados por la «corrupción institucional» y los *state-routinized crimes*<sup>441</sup>, y tampoco la desconexión informacional de activos («blanqueo de capitales»). En realidad, la exégesis de los *ítems 41, 42, 43 y 44* de su política pone en evidencia que tal diligencia gravita en torno de la *evitación de costes reputación*<sup>442</sup>.

4. El hecho de que estos deberes especiales estén referidos a un *propósito resolutivo defensivo reputacional* genera la limitación de su capacidad de rendimiento para la prevención del *riesgo de doble cara*, y va en contra de la lógica funcional de la política de [co]operación. Una

---

<sup>440</sup> En ese sentido, Díez-Picazo destaca que, a diferencia de lo que ocurre en los regímenes absolutistas, la criminalidad de la «clase política» plantea un grave problema al Estado Democrático de Derecho, ya que ese modelo no es sino la manifestación más compleja y evolucionada de los ideales del constitucionalismo. Se funda sobre la tensión entre dos grandes principios rectores: la investidura de los gobernantes por los gobernados a través de elecciones libres, y la sujeción de los gobernantes a la legalidad. *Cfr.* DÍEZ-PICAZO, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 2000, p. 20.

<sup>441</sup> BARAK, Gregg. *Routledge international handbook of the crimes of the powerful*. New York: Routledge, 2015, introducción (part VIII).

<sup>442</sup> RUIZ GARCÍA, Francisco Javier. “El riesgo reputacional de las entidades financieras”. *Estrategia financiera*, n. 250, mayo, 2008.

cosa es actuar para que la gestión *ad intra* del riesgo PEPs sea concretada con el fin de cumplir con el Derecho, es decir: evitar la “bancarización” de activos procedentes de «corrupción». Otra cosa, bastante distinta, es actuar para que esa gestión evite costes económicos, legales y de reputación al banco y a sus miembros.

Al fin y al cabo, el BCBS ha convertido las PEPs en un elemento más de «apetito por el riesgo», es decir, el nivel agregado y los tipos de riesgo que el banco (bajo una decisión previa y dentro de su capacidad de gestión) está dispuesto a asumir para lograr sus objetivos estratégicos y plan de negocios. El problema de ello es que, si el banco entiende que el relacionamiento con determinada PEP no le genera un riesgo de reputación, y a la vez, comprende que la selectividad del sistema de justicia criminal impedirá su punición, no habrá óbice a la “bancarización” de activos ilícitos de las PEPs. De ahí el problema de la proposición resolutive estrictamente reputacional.

#### **4. El tono del «GAFI»**

Tras la publicación de la “nueva” política del BCBS, el «Grupo de Acción Financiera Internacional» (en adelante «GAFI»),<sup>443</sup> no solo se alineó al «enfoque basado en el riesgo»<sup>444</sup>, como trató de poner su

---

<sup>443</sup> También denominada oficialmente como Financial Action Task Force o Groupe d'Action Financière, constituida en el marco de la Cumbre de París, celebrada del 14 al 17 de junio de 1989. *Cfr.* FATF. *30 years: 1989/2019*. [Web en línea]. [Consulta: 10 feb. 2019].

<sup>444</sup> En particular, ese alineamiento ha sido formalizado en la «Recomendación 1», que trata de la evaluación de riesgos y de la aplicación de un enfoque basado en el riesgo. Su ubicación topográfica, por sí misma demuestra la centralidad que ese enfoque pasa a tener en la aplicación de todas las recomendaciones.

propio tono en la estandarización de la condición de PEPs. En la actual versión de las «Recomendaciones»<sup>445</sup>, ese asunto consta de la «Recomendación 12», en adelante «R.12».

Aunque el GAFI haya utilizado la misma nomenclatura de la política del BCBS, las premisas de la estandarización del concepto y de la diligencia debida son distintas. Ello porque, en ese caso, el enfoque no está en la evitación del daño reputacional, sino en el *problema público* – hacia toda la sociedad– del uso criminal del sistema bancario y financiero como un todo. Ahora bien, ¿cuál es impacto regulatorio de ello?

Cuando uno se pregunta por la capacidad regulatoria del GAFI, no puede hallar mejor punto de partida que el origen de su constitución: la Cumbre de París. Ello porque, en esta ocasión, el G-7 ha reconocido el problema y, a la vez, la potencial solución, que –en conjunto– han justificado su creación<sup>446</sup>.

El *problema* corresponde a la (in)capacidad de los Estados para identificar, monitorear e interceptar activos ilícitos ingresados en los bancos. La *potencial solución*, a su vez, concernía al papel fundamental que los bancos –como principales destinatarios de tales recursos– podrían jugar en la prevención de esa “bancarización” (ya que sus servicios funcionan como una *fast track* hacia la “deslocalización”)<sup>447</sup>.

---

<sup>445</sup> Hasta la fecha, las «40 Recomendaciones» han pasado por 4 revisiones (1996, 2001, 2003 y 2012).

<sup>446</sup> En concreto, han participado de la Cumbre: Alemania, Canadá, Comisión Europea, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, y Reino Unido. *Cfr.* FATF. *30 years: 1989/2019*. [Web en línea]. [Consulta: 10 feb. 2019].

<sup>447</sup> Aránguez Sánchez critica tal “énfasis bancario”, pues, en su concepción, tal mirada ha pasado por alto a otros sectores de la actividad económica que podrían ser

Ese *input* determinó no sólo la creación del GAFI, sino también la configuración del *propósito resolutivo* reflejado en sus «Recomendaciones». Es decir: los estándares normativos que –mas allá de la mirada represiva– constituyen el marco global y a la vez el “ADN” de casi la totalidad de la *política de prevención* de obligatorio cumplimiento a los bancos y demás sectores sensibles a la canalización de activos ilícitos<sup>448</sup>.

Ahora bien, aunque el GAFI haya fortalecido sus actividades a lo largo de tres décadas de actuación, ello no significó, con todo, su independización. En la estructura del G7, como lo ha destacado CORRÊA<sup>449</sup>, la creación de una *força tarefa* no significa, jamás, la aparición de un organismo autónomo.

Por ese motivo, SHARMAN<sup>450</sup> destaca algo que no siempre está claro en la literatura: el GAFI no es, *im weiteren Sinne*, una «organización internacional». Lo correcto es identificarlo como un *arrangement* temporal y *ad hoc*, siendo la falta de autonomía organizativa un dato intrínseco a su condición<sup>451</sup>.

---

utilizados para la práctica del blanqueo de capitales. Al respecto, *cf.* ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 154. Ese nudo, con todo, ya ha sido superado en las revisiones de las «recomendaciones».

<sup>448</sup> Hasta la fecha, las «recomendaciones» han sido aceptadas por casi todos los países del mundo (205 jurisdicciones).

<sup>449</sup> CORRÊA, Luiz Maria Pio. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI). Organizações internacionais e crime transnacional*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013. pp. 94-100.

<sup>450</sup> SHARMAN, Jason. C. *The Global Anti-Money Laundering Regime and Developing Countries: Dammed if they Do, Dammed if they Don't? Government and International Relations*, University of Sydney, Australia, 2006, p. 5.

<sup>451</sup> La prueba de ello es que su ubicación administrativa es la «OCDE».

Si lo anterior es correcto, ¿cuál es la *naturaleza jurídica* de sus «recomendaciones»? Vamos a ver. En la literatura internacionalista, el pensamiento mayoritario va en el sentido de que las «recomendaciones» –como normas de fácil “adaptación” a las transformaciones fenoménicas– se presentan como un contrapunto al *hard law* o *droit dur* (el derecho convencional rígido).

Por ello, se las suele ubicar en el campo del *derecho flexible*, es decir, la *soft law*<sup>452</sup> o *droit doux*<sup>453</sup>, ya que su configuración no está acabada en el tiempo. Ello significa que –desde un punto de vista formal– su valor normativo es menos constringente que las demás normas jurídicas tradicionales. El fundamento de ello es que tales estándares: (i) no crean obligaciones jurídicas de derecho positivo o (ii) las crean en sentido bastante débil<sup>454</sup>. Sin embargo, eso no significa –como bien lo

---

<sup>452</sup> La expresión *hard law*, en la literatura internacionalista, designa las normas de Derecho Internacional Público que, por su modo de constitución, demandan la actuación positiva y formal de un conjunto de actores políticos, los *Estados-parte*, existiendo un rito riguroso para su modificación o para su vigencia y modificación, existiendo, incluso, la previsión expresa de sanciones por incumplimiento. Los acuerdos, convenciones y tratados internacionales son ejemplos de ello. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “Curso de Direito Internacional Público”. 4. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011. p. 142.

<sup>453</sup> Con relación a la dificultad para determinar la naturaleza jurídica de ese tipo de *output*, Michel Virally ha destacado que el *droit doux* está en una zona gris entre el Derecho y el no Derecho. Cfr. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Paris: Editions A. Pedone, 1984, vol. 60, I, pp. 166-374.

<sup>454</sup> Por ello, su contenido jurídico es más fácil de ser trabajado, ya sea en los foros internacionales, o en el seno de organizaciones internacionales, ya que, en ese ámbito, no se exige comprometimiento estricto a reglas rígidas previamente establecidas por las partes. Precisamente por ello, parte de la literatura internacionalista afirma que se trata de una zona gris entre la política internacional (en donde prevalece la falta de preocupación con las legalidades), y el Derecho Internacional Público (que no siempre tiene condiciones de imponer sus métodos para adecuar cierto fenómeno a sus paradigmas regulatorios clásicos). Cfr. En ese sentido, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “Curso de Direito Internacional Público”. 4. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011. p. 156-160.

destaca MAZZUOLI<sup>455</sup> – que tal estrategia regulatoria no cuente con su propio sistema de sanciones<sup>456</sup>.

Siendo esto así, ¿por cuál razón esa estandarización podría favorecer la difusión global de a condición de riesgo de las PEPs como un paradigma máxima diligencia bancaria?

La respuesta a tal interrogante pasa por el entendimiento de que lo diferencial de las «recomendaciones» no en su naturaliza jurídica en sí, sino en las formas de difusión y *enforcement* que ellas reciben. En particular, la estrategia del GAFI no es el convencimiento político (por vía de persuasión) de los jefes de Estado y de Gobierno<sup>457</sup>. Su énfasis está en la emisión de listas<sup>458</sup> a partir de la lógica del *naming and shaming*<sup>459</sup>. ¿El objetivo de ello? La exposición pública de los países omisos o poco cooperativos, coaccionándolos –*bajo intimidación*

---

<sup>455</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “Curso de Direito Internacional Público”. 4. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 159.

<sup>456</sup> Bermejo, una de las pocas voces que se ha manifestado acerca de ese punto, plantea que los estándares del GAFI pueden homologar con las normas técnicas que la «ISO» propone para otros ámbitos, e.g., la gestión del riesgo ambiental. En esencia, su argumento es que ambas “normas” «obtienen su legitimidad con base en la característica de emanar del conocimiento que poseen los expertos». No me parece, con todo, que esa analogía nomológica sea posible, ya que, desde mi lectura, las estructuras de tales estándares normativos tienen bases distintas, conectándose, apenas, por la pretensión común de globalidad. Al respecto, *cf.* BERMEJO, Mateo G. *Prevención y castigo de blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 194.

<sup>457</sup> CORRÊA, Luiz Maria Pio. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI). Organizações internacionais e crime transnacional*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013, pp. 94-96.

<sup>458</sup> Al respecto, *cf.* FERWARDA, Joras; DELEANU, Ioana Sorina; UNGER, Brigitte. “Strategies to avoid blacklisting: The case of statistics on money laundering”. *Plos One*, 26 de junio, 2019. Ese modelo de listas ha sido reformulado a lo largo de los años. Inicialmente, las listas han sido rotuladas como *public statement*, y a partir de 2020, su denominación oficial es *call for action* o *High-Risk Jurisdictions subject to a Call for Action*.

<sup>459</sup> En traducción literal, esa política consistiría en el acto de “nombrar” y “avergonzar” a los países que no cooperan con el enfrentamiento del «blanqueo de capitales», algo próximo de un “constreñimiento” internacional.

*reputacional*— a adherirse a sus «recomendaciones»<sup>460</sup>. Así pues, lo que subyace de ello es que el motivo determinante de la adhesión a dicha regulación es la necesidad [política] de alinearse con las directrices configuradas por el GAFI y vigiladas por los *stakeholders* que forman parte de la *policy community* de [co]operación para la prevención del «blanqueo de capitales».

En la óptica del GAFI, tal medida evita la permanencia de vacíos regulatorios que, al fin y al cabo, funcionan como “refugios” al *offshoring* de activos ilícitos. Así, la función de esa fuerza tarea no está limitada a la regulación de estándares globales, sino también a la actuación como un *grupo de presión*, es decir: un actor que se organiza y utiliza sus recursos para influenciar las políticas gubernamentales y las dinámicas bancarias de acuerdo con sus intereses de prevención<sup>461</sup>. Y, para ello incluí, no solo la publicación de las mencionadas listas, sino también la posibilidad de una sanción económica, como el bloqueo de financiación internacional, y retaliaciones de comercio a quienes incumplan con sus estándares<sup>462</sup>.

---

<sup>460</sup> En el año 2009, la *blacklist* fue reemplazada al ámbito de la OCDE, que pasó a publicar una *grey list* que distingue los países en grupos de incumplimiento. Se trata de la *List of Unco-operative Tax Heavens*. UNGER, Brigitte. *Improving Anti-Money Laundering Policy: Blacklisting, measures against letterbox companies, AML regulations and a European executive*.

<sup>461</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 154.

<sup>462</sup> La percepción de esa intimidación se intensifica aún más a causa de dos factores económicos. Primero: los 39 miembros y 9 asociados que forman parte de la *policy community* del GAFI representan, en conjunto, la mayoría de los principales centros financieros en todas partes del mundo<sup>462</sup>. Segundo: desde 2017, su presidente tiene un asiento en las reuniones del FMI, Banco Mundial, ONU, y de la cúpula de ministros de finanzas y gobernadores de bancos centrales del G20. Y ello, sin lugar a duda, facilita la concreción de sus *sanciones económicas* (como el bloqueo de financiación internacional y las retaliaciones en el comercio internacional). FATF, Financial Action Task Force – 30 years, Paris, 2019.

Por tanto, sus estándares están ubicados en una zona gris entre el Derecho y la política internacional, y así, conforman un *tertium genus* normativo que sujeta a los países económicamente integrados, los bancos y los demás sectores “sensibles” a la “deslocalización” de activos ilícitos, una *accountability* de máxima intensidad. De ahí la potencia de la mirada del GAFI hacia la condición de riesgo de las PEPs.

#### **4.1 La reformulación del núcleo semántico de las PEPs y del propósito resolutorio**

La primera aproximación del GAFI a la condición de riesgo de las PEPs, publicada en junio de 2003, siguió la lógica adoptada por la EBK (en la configuración de la *Rundschreiben* 98/1)<sup>463</sup> y por la política del BCBS. Sus términos eran los siguientes:

*Politically Exposed Persons” (PEPs) are individuals who are or have been entrusted with prominent public functions in a foreign country, for example Heads of State or of government, senior politicians, senior government, judicial or military officials, senior executives of state-owned corporations, important political party officials. Business relationships with family members or close associates of PEPs involve reputational risks similar to those with PEPs themselves. The definition is not intended to cover middle ranking or more junior individuals in the foregoing categories<sup>464</sup>.*

Pues bien, lo que se nota aquí es la repetición de un enfoque soslayado. Ello porque, otra vez, la estandarización del núcleo

---

<sup>463</sup> EBK-RS 98/1 *Geldwäscherei*, Bern, 1998.

<sup>464</sup> En la publicación de 2003, el concepto de PEP estaba ubicado en la «Recomendación 6». Cfr. FATF, *The forty recommendations*, 2003, pp. 14.

semántico de las PEPs comprendía, apenas, las *personas que ejercían funciones públicas prominentes en el exterior*. De ese modo, el concepto, no solo pasaba por alto de la real dimensión fenoménica del *riesgo de doble cara*, como interesaba apenas a los intereses que gravitaban alrededor de la “burbuja suiza”.

Ello porque, el propósito resolutorio que determinaba su contenido y el sentido de su aplicación consideraba, apenas, el riesgo de afectación reputacional del sector bancario y de los bancos de países que –*por distintos factores*– reciben flujos de activos extranjeros, y operan con una densa banca *offshore*, como es el caso de Suiza<sup>465</sup>.

Tal énfasis, con todo, ha dejado de existir en el año 2012. Ello se debe a la influencia de la «ONU», en particular, de la «Convención das Naciones Unidas contra a Corrupción», en adelante «CNUCC»<sup>466</sup>, excluyó dos elementos que restringían el núcleo semántico de las PEPs.

El *primero* ha sido la exigencia de que el ejercicio de la función pública sucediera en un país extranjero. El fundamento de ello es que una de las premisas de la CNUCC es que «la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías»<sup>467</sup>. Así, toda y cualquier

---

<sup>465</sup> Al respecto, *cfr.* BRITAIN-CLAIN, Willian. *Offshore: The dark side of the global economy*. New York: Picador, 2005, p. 145 y ss; MAUDE, David. *Global private banking and wealth management: the new realities*. Sussex, John Wiley & Sons, 2006, pp. 4-5.

<sup>466</sup> La CNUCC ha sido adoptada en el 31 de octubre de 2003, en Mérida (México), y está vigente desde diciembre de 2005. *Cfr.* ONU. *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*. New York: UNODC, 2004, pp. 1 y ss.

<sup>467</sup> ONU. *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*. New York: UNODC, 2004, pp. 5 y ss.

función pública prominente –*con independencia de su ámbito de actuación*– pasó a estar comprendida en el campo semántico de las PEPs<sup>468</sup>.

El *segundo* elemento excluido ha sido el daño reputacional. De la interpretación del art. 52 de la CNUCC, a la luz del preámbulo de esa convención subyace que el propósito resolutivo referido a la condición de riesgo de las PEPs pasa a ser la evitación de un conjunto de problemas públicos que subyacen de la «corrupción institucional». En específico, la CNUCC pone su acento en:

I. El aval de las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y imperio de la ley.

II. Los vínculos entre corrupción y otras prácticas delictivas (*e.g.* crimen organizado, crímenes económicos, blanqueo de capitales)

III. El desvío de gran cantidad de activos que conforman los recursos públicos, y enriquecimiento personal ilícito.

Ese ha sido uno de los influjos que, desde 2012, llevó el GAFI a considerar la «corrupción» como *área de enfoque* de sus «recomendaciones» bajo argumentación propia de *riesgo de doble cara*, cual sea: cuando la prevención del prospectivo («blanqueo de

---

<sup>468</sup> En particular, tal reformulación ocurrió en junio de 2012, en la tercera revisión de las Recomendaciones del GAFI. A título de registro, el concepto anterior incluía en el campo semántico de las PEPs dos grupos de personas. El primero estaba referido a aquellas que se les había confiado o encomendado funciones públicas destacadas en un país extranjero (*e.g.* jefes de Estado o de gobierno, políticos de alto nivel, altos funcionarios gubernamentales, judiciales o militares, altos ejecutivos de empresas estatales, importantes funcionarios de partidos políticos). El segundo, a su vez, comprendía las personas que interactuaban con la PEP a causa de una relación de negocio, relación familiar, o cercanía. Tales personas, según el GAFI, generaban riesgo de reputación similar al de las PEPs: observación que pone de relieve el inicial alineamiento de esa recomendación con las premisas del BCBS. Al respecto, *cf.* FATF. *The forty recommendations*. Paris, 2003, p. 14.

capitales») es efectiva, se crea un entorno bancario en el que la ganancia de «sobornos» difícilmente no va a ser detectada, y así, las prácticas corruptivas enfrentarán más barreras para prosperar.

Así pues, el *prins lógico* que pasa a fundamentar la respuesta pública a la “bancarización” de los activos ilícitos de las PEPs no es la protección de la reputación bancaria, sino la evitación de la desconexión que favorece la consumación y la repetición de las prácticas de «corrupción».

#### 4.1.1 Los tipos de PEP

A causa de la reformulación del propósito resolutorio y de la expansión del núcleo semántico de las PEPs, el enfoque conceptual del GAFI pasó a estar en las «*personas a las que un país ha confiado funciones públicas prominentes*»<sup>469</sup>. De ello surge una primera interrogante: ¿qué «funciones» posee la *prominencia bastante* para exponer a alguien a la condición de riesgo propia de las PEPs?

Para reducir la indeterminación que genera tal pregunta, el GAFI –tras la reformulación influenciada por «ONU»– pasó a ofrecer en su glosario<sup>470</sup> una tipología dirigida a disminuir la «indeterminación» o

---

<sup>469</sup> Al respecto, el GAFI indica en su guía sobre las PEPs que uno de los *inputs* del tratamiento de las PEPs en el marco de sus estándares ha sido la corroboración casuística (principalmente por los casos de Marcos y Abacha) de la sensibilidad de quienes están investidos en cargos públicos relevantes al (ab)uso y a la influencia (activa y pasiva): factor que genera la contingencia de la práctica del «blanqueo de capitales» (riesgo prospectivo *Cfr.* FATF. *FATF Guidance: Politically Exposed Persons (Recommendations 12 and 22)*, Paris, 2013, p. 3.

<sup>470</sup> FATF, *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism and proliferation*. Paris, octubre 2020, p. 126.

«textura abierta»<sup>471</sup> del concepto. Desde un punto de vista analítico, se nota una estructuración próxima a la lógica aristotélica: en tal tipología, la «función prominente» es un género próximo, y está acompañada de tres diferencias específicas que determinan los riesgos de cada uno de los tres tipos PEPs.

En el *primer tipo* la *diferencia específica* consiste en una coincidencia: el país de actuación funcional de la PEP es el mismo en el cual la persona ha sido investida para ocupar el cargo público donde ella reside. De ahí su rotulación como *Domestic PEPs*, ya que, en ese caso, ellas actúan en su “hogar”, es decir: el propio país.

En general, las *Domestic PEPs* están expuestas a mayor «*accountability horizontal*»<sup>472</sup>, ya que, en tal circunstancia, la noción de *posición confiada* y la normatividad fiduciaria son más intensas. Así, ellas se sujetan a un mayor control formal por parte de otras autoridades con estatus jerárquico igual o superior a los suyos. Además de ello, puede que, dependiendo de sus funciones, la atención pública sobre su actuar y dinámica patrimonial sean más intensas, lo que, en efecto, designa la mayor probabilidad de que ellas se sujeten a un «*accountability societal vertical*»<sup>473</sup>, es decir, a acciones de fiscalización llevadas a cabo por movimientos de ciudadanía que monitorean sus conductas.

---

<sup>471</sup> HART, Herbert L. A. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 155-191.

<sup>472</sup> O'DONNELL, Guillermo. “Horizontal accountability and new polyarchies”. In: SCHEDELER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. *The self-restraining state: Power and accountability in new democracies*. London: Lynne Rienner, 1999. p. 29-52.

<sup>473</sup> SMULOVITZ, Catalina; PERUZZOTTI, Enrique. “Societal accountability in Latin America”. *Journal of Democracy*, vol. 11, 14: 147-158.

En el *segundo tipo* de PEP, a su vez, la diferencia específica es que, *a sensu contrario*, el ejercicio de la función prominente tiene lugar fuera de su hogar, es decir: el país de investidura no corresponde al país de actuación funcional y residencia. De ahí la etiqueta *Foreign PEPs*. En mi opinión, ese es el tipo que ha recibido mayor atención del GAFI, y ello se debe, no solo a la influencia de la *Rundschreiben 98/1* y de la política de la BCBS, sino también por su relación directa con el «Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales»<sup>474</sup>.

La razón de ello es que tal Convenio se ha fijado en supuestos que pueden significar oportunidades de colusión para las *Foreign PEPs*. Como bien lo remarca BENITO SÁNCHEZ<sup>475</sup>, tal norma posee dos propósitos fundamentales. Uno es la fijación de un estándar para que los negocios internacionales sean establecidos dentro de los límites de la «competencia legal»<sup>476</sup>. Otro es fomentar la tipificación penal de los actos de «ofrecer», «prometer», o «conceder» beneficio indebido (económico o no) a un «agente público extranjero»<sup>477</sup>.

Siendo esto así, la estandarización de las *Foreign PEPs* no deja de ser una vía de “refuerzo preventivo” al objetivo del «Convenio de la

---

<sup>474</sup> El «Convenio de la OCDE» fue adoptado en París, el 17 de diciembre de 1997. OCDE. *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. París, 1997, [Web en línea]. [Consulta: 11 feb. 2020]. En España el «Convenio de la OCDE» ha sido firmado el 17 de diciembre de 1997, y el depósito de ratificación ha sido consumado el 3 enero del año 2000. El vigor internacional empezó en el 3 de marzo de 2000. Sin embargo, su publicación interna ha sido consolidada apenas dos años después, en el *BOE* núm. 46, de 22 de febrero de 2002, páginas 7155 a 7159.

<sup>475</sup> BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Iustel: Madrid, 2012, p. 72 y ss.

<sup>476</sup> *Ibidem*.

<sup>477</sup> Al respecto, Benito Sánchez pone de relieve que tal regulación no se ocupa del *cobeco pasivo*, y tampoco de la *corrupción entre particulares*. *Ibidem*, p. 77.

OCDE»<sup>478</sup>, pues –desde un punto de vista fenoménico–, es más probable que, en tales contextos, la PEP “bancarice” activos ilícitos fuera de su país de origen. Así pues, es comprensible que –para el fin de prevención– las relaciones bancarias con las *Foreign PEP* designen un «riesgo alto» de uso del servicio bancario para la disimulación informacional (o «blanqueo») de activos ilícitos<sup>479</sup>.

El *tercer tipo*, por fin, corresponde a las *International Organizations PEPs*. Se trata de un *tertium genus*, cuya diferencia específica consiste en que el ejercicio de la función ocurre en una «organismo intergubernamental». Según el GAFI, la posición confiada a ese tipo de PEP corresponde a la alta dirección (*senior management*)<sup>480</sup>, y está en el ámbito de gestión estratégica de la organización<sup>481</sup>, incluyendo, *e.g.*, *directores séniores*, *directores adjuntos*, *miembros de la junta* o en *funciones equivalentes*.

---

<sup>478</sup> En ese sentido, el SEPBLAC, que funciona como la unidad de inteligencia financiera de España, también ha publicado, por influencia de la OCDE, un conjunto de indicadores de riesgo de corrupción en las actividades económicas internacionales. Cfr. SEPBLAC. *Corrupción en las actividades económicas internacionales*. Madrid, febrero de 2016, pp. 1-4.

<sup>479</sup> En ese sentido, *Transparencia Internacional* ha publicado en octubre de 2020 un informe en donde consta un conjunto de casos que permiten la visualización empírica de la relevancia del concepto de *Foreign PEPs*. Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Exporting Corruption: Progress report 2020: Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, Berlin, octubre de 2020, pp. 1-45.

<sup>480</sup> Conforme al sentido atribuido por el diccionario *Collins* de lengua inglesa, la expresión *senior management* debe ser definida como *the most senior staff of an organization or business, including the heads of various divisions or departments led by the chief executive*, y también es utilizada como *top management*. COLLINS ENGLISH DICTIONARY. [Web en línea]. [Consulta: 10 dic. 2019].

<sup>481</sup> Conforme destaca Montaner Fernández, el rasgo del nivel *top management* es el ejercicio de funciones de carácter estratégico y no operativo. Cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, 2008, pp. 56 y ss.

Lo peculiar de ello es que los Estados conceden parte de su «soberanía» a la «organización»<sup>482</sup>, para que así, ella posea la potestad necesaria para *tomar decisiones estratégicas* acerca de asuntos que son discutidos en el ámbito internacional, pero interesan a las dinámicas internas de cada país miembro<sup>483</sup>. Precisamente por ello, la «relación fiduciaria» de tales PEPs tiene una particularidad. Me explico.

El hecho de que el acceso a esa «posición de confianza» dependa de un *nombramiento previo y discrecional* por parte de un país miembro (sujeto a posterior aval externo), designa que el ejerciente de tal «función» debe dirigir su actuar decisional considerando dimensiones de interés distintas. De un lado, están los *obligatory purposes* de la «organización internacional», del otro, los *obligatory purposes* del gobierno nacional que le ha confiado esta posición.

Aunque tales intereses y propósitos no sean, en regla, conflictivos, este tipo de PEP está expuesto a un *riesgo de doble cara* mucho más intenso. Por poner ejemplos: en un contexto de pandemia, las PEPs que desempeñan una «función de destaque» en la cúpula de la «Organización Mundial de la Salud» (en adelante, «OMS») tienen el deber de tomar decisiones sensibles a las políticas y a las estrategias sanitarias de todo el mundo.

---

<sup>482</sup> SAROOSHI, Dan. “Some preliminary remarks on the conferral by States of powers on international organizations”. *Jean Monnet Working Paper 4*: NYU School of Law, 2003, pp. 5 y ss.

<sup>483</sup> Además de la ONU, se puede mencionar, *e.g.*, la Organización Mundial del Comercio, la Organización Internacional del Trabajo, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial.

Precisamente por ello, sus análisis de coyuntura, bien como las recomendaciones que ellas puedan realizar se convierten en informaciones difundidas con la máxima intensidad en los medios. De ese modo, tal información pasa a influenciar —o casi determinar— las *decisiones públicas* (de los gobiernos) y las *decisiones privadas* (de los ciudadanos): ambas de gran interés a los negocios de laboratorios, de farmacéuticas multinacionales, por significar en oportunidades de contratación pública (una de las principales fuentes abuso de función y de desvío de los *public purposes*). La sensibilidad de tales decisiones puede verse reflejada en dos casos hipotéticos.

*Caso 1: la recomendación pública de el uso del medicamento “A” para el tratamiento paliativo de una enfermedad viral “Z” podría aumentar la demanda por el medicamento “A”. En consecuencia, habrá la posibilidad de que la cúpula de la farmacéutica “B”, que lo produce, intente influenciar económicamente a los miembros de la «OMS» para que ellos concreten tal recomendación en favor de sus intereses de negocio.*

*Caso 2: el refuerzo o la simplificación de los criterios regulatorios para la certificación de una vacuna puede beneficiar o perjudicar el interés de los laboratorios multinacionales “M”, “N” y “O”, que están involucrados en ensayos clínicos de las de vacunas “H”, “I” o “Z”. Luego, habrá el riesgo de que la cúpula de cada uno de estos laboratorios intente influenciar el proceso decisorio de la «OMS», para beneficiar los avances de producción.*

En esa ejemplificación, el desenlace de los dos casos pasa por la toma de *decisiones posibles (a corto plazo)* y por la consideración de *posibilidades de decisión (a largo plazo)*. Ambas deben ser llevadas a cabo por las PEPs que forman parte de la cúpula de la «organización internacional», lo

que, en efecto, acaba por exponerlas al «riesgo de doble cara» propio de las PEPs por función<sup>484</sup>.

Sin embargo, también puede pasar lo contrario: las *International Organizations PEPs* pueden ofrecer “oportunidades” a la cúpula de los mencionados laboratorios, que —a la luz de la tipología propuesta en el *capítulo tercero*— están en la condición de «*personas económicamente expuestas*».

#### 4.1.2 Las *extensiones y retracciones* de la condición de riesgo

De lo anterior subyace que el GAFI, a diferencia de la clasificación y tipología propuestas en el *Capítulo tercero*, no adoptó el binomio *función-relación* al estructurar su tipología de PEPs. Por consiguiente, el enfoque conceptual de los tres mencionados tipos está —apenas— en una de las especies de PEPs, cual sea: las PEPs por función.

Pese a ello, la «R.12» ha determinado que —en los *tres tipos de PEPs* mencionados— tal condición de riesgo debe ser extendida a los «*miembros de la familia*» y «*asociados cercanos*». Aunque las *Recomendaciones* no hayan especificado el campo semántico de las mencionadas condiciones de riesgo, la *guía* de la aplicación «R.12»<sup>485</sup>, un documento paralelo, presentó un catálogo ejemplificativo —con base en sus tipologías de casos— que sugiere la extensión de la condición de riesgo

---

<sup>484</sup> Al respecto, *cf.* el análisis del *capítulo tercero*.

<sup>485</sup> FATF. *Guidance: Politically Exposed Persons (Recommendations 12 and 22)*, Paris, 2013, pp. 12-13.

de las PEPs a las siguientes personas: (i) empleado personal de la PEP por función; (ii) socios o asociados en actividad empresarial, *especialmente* aquellos que comparten con la PEP por función la titularidad real (*beneficial ownership*) o la condición de miembros del consejo de administración; (iii) «pareja» sexual pública que no esté formalmente incluida en la núcleo familiar; (iv) miembros destacados del mismo partido político de la PEP, de organizaciones civiles y de sindicatos de trabajadores.

A la luz de la tipología propuesta en esta investigación<sup>486</sup>, todas las personas de este catálogo ejemplificativo deben ser consideradas como PEPs por relación extraorganizacional<sup>487</sup>. Conforme al análisis del *Capítulo tercero*, hay fundamentos sólidos para justificar tal extensión, ya que, a causa de la cercanía y confianza, tales personas pueden influenciar o facilitar el desvío de los *obligatory purposes* y el (in)cumplimiento de la *normatividad fiduciaria* que (pre)determinan el actuar de las PEPs.

Ello puede suceder, no por el lazo de *deferential trust*<sup>488</sup> (*deferencia* de la persona que confía al juicio o solicitud la persona confiada), sino por la incidencia de sesgos cognitivos<sup>489</sup> que acaban por determinar las

---

<sup>486</sup> Al respecto, *cf.* el análisis del Capítulo tercero, *in fine*.

<sup>487</sup> En cuanto a la configuración de ese “catálogo”, el propio GAFI ha subrayado que, a depender del entorno, el sentido de *close associates* podrá expandirse significativamente, ya que la percepción de las relaciones personales de las PEPs depende de los contextos social y cultural del país donde ella desempeña su función. Aun así, tal ejemplificación permite una delimitación mínima del círculo de riesgo que ha sido objeto de atención del marco internacional. *Cfr.* FATF. *Guidance: Politically Exposed Persons (Recommendations 12 and 22)*, Paris, 2013, pp. 12-13.

<sup>488</sup> FLANNIGAN, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, 1989, p. 287.

<sup>489</sup> Al respecto, KAHNEMAN, Daniel. *Pensar rápido, pensar devagar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, 497p.; y STANOVICH, Keith; WEST, Richard. “Individual

evaluaciones subjetivas en torno de «*lo que se pasa*» y de «*lo que se debe hacer*», a ejemplo del *priming effect* (exposición a un estímulo que acaba por influenciar una respuesta a un estímulo subsecuente) y del «*efecto halo*» (sesgo que induce la depreciación de determinadas informaciones a causa de las impresiones previas). Así pues, remito al lector al análisis del *Capítulo tercero* para la recapitulación de tales datos.

Por otro lado, tal extensión no vino acompañada de la determinación del núcleo esencial que atribuye a alguien la condición de *family members*. Así pues, no se puede responder *de inmediato y con certidumbre* a la cuestión de quiénes están comprendidos («certeza positiva») o excluidos («certeza negativa») en este campo semántico<sup>490</sup>.

En ese caso, estoy consciente de que esa indeterminación puede causar discrepancias interpretativas e incrementar el riesgo de que, tanto los bancos como los *policymakers*, jueguen con *la no inclusión selectiva*<sup>491</sup> de algunas personas (los «candidatos neutrales»). Sin embargo, la decisión del GAFI me parece adecuada.

Ello porque, conforme a lo anterior, no se puede determinar *ex ante* —y de modo taxativo— cuáles son las concretas posiciones de las mencionadas relaciones de confianza. Los datos fáctico culturales que permiten la determinación del alcance de tales vínculos —incluyendo el

---

differences in reasoning: implications for the rationality debate?” *Behavioral and Brain Sciences*, 2000, n. 23, pp. 645–726.

<sup>490</sup> GARCÍA SALVADO, María José. “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, año 2003, pp. 107 y ss.

<sup>491</sup> Sobre los procesos de aplicación selectiva de reglas, *cfr.* BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico penal*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1989, p. 172 y ss; BERGALLI, Roberto. *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*. Buenos Aires: Ad hoc, 1999. p. 228 y ss.

familiar– cambian de acuerdo con las peculiaridades de cada país y sociedad. La prueba de ello es la complejidad del concepto «familia», cuyo contenido refleja la noción vigente en cada cultura y sociedad<sup>492</sup>.

Además, la adopción de un catálogo taxativo generaría la contingencia de que, una vez establecida tal determinación, las PEPs por función tendrían más certidumbre acerca de las personas que pueden –o no– ser instrumentalizadas para eludir la “lista” fijada *ex ante* por el Estado, y operada por los órganos de prevención y control (públicos y privados).

Por otro lado, el GAFI ha utilizado la expresión «función prominente» (*núcleo de certidumbre mínima*) para restringir el alcance de la condición de riesgo de las PEPs. Tanto el «glosario» de sus *Recomendaciones*<sup>493</sup>, como la guía de aplicación de la «R.12»<sup>494</sup> han especificado que las funciones públicas de «*rango intermedio*» y los funcionarios «*más jóvenes*» no están comprendidos en el campo semántico de las PEPs<sup>495</sup>.

De entrada, me parece claro que, en ese punto, el objetivo de los reguladores fue evitar incidir en la misma «indeterminación» del concepto regulado por el BCBS. Sin embargo, un análisis más estricto permite concluir que ese “corte” ha sido un error.

---

<sup>492</sup> KASLOW, Florence Whiteman. “Families and Family Psychology at the Millenium”. *American Psychologist*, v. 56, n. 1, 2002, p. 37.

<sup>493</sup> FATF, *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism and proliferation*. Paris, junio 2019, p. 123

<sup>494</sup> FATF, *Guidance: Politically Exposed Persons (Recommendations 12 and 22)*, Paris, 2013, p. 4.

<sup>495</sup> En ambos documentos, la determinación del GAFI es, *ipsis verbis*, la siguiente: *The definition of PEPs is not intended to cover middle ranking or more junior individuals in the foregoing categories*. FATF, *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism and proliferation*. Paris, junio 2019, p. 123; FAATF. *Guidance: Politically Exposed Persons*, Paris, 2013, p. 4.

Ello porque, las PEPs por función pueden –además de decidir– *influnciar* el actuar funcional de sus subordinados (*influncia vertical o top-down*), y al revés, ellas también pueden sufrir alguna *influncia* de tales personas (*influncia vertical o botom-up*), principalmente en lo que atañe a la instrumentalización –bajo incentivo económico– para el recibimiento personal, a nombre de la PEP por función, de activos ilícitos (con el fin de eludir los controles formales).

Por otro lado, las personas de rango intermedio también pueden utilizar –*por iniciativa propia*– el acceso a informaciones sensibles y datos inherentes a su “relación cercana” con la PEP por función (autoridad decisional) para *crear oportunidades* de recibir incentivos económicos de un *stakeholder* a cambio de *influnciar* o manipular el actuar decisional del fiduciario.

Aunque ellas no reúnan las cualidades propias de la función pública prominente, su posición les permite, en algunas circunstancias, desarrollar una relación de cercanía con las PEPs por función, principalmente cuando la *deferential trust*<sup>496</sup> es *invertida (bottom-up)* a causa del conocimiento técnico de la persona subordinada.

En tales condiciones, esas personas podrán canalizar recursos ilícitos a causa de su capacidad para *facilitar* y/o *influnciar* la manipulación de una decisión clave en el puzle de la «corrupción política», y por ello deben ser consideradas como PEPs por relación. Ellas también

---

<sup>496</sup> FLANNIGAN, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, 1989, p. 287.

pueden protagonizar prácticas de «corrupción administrativa»<sup>497</sup> vinculadas a las casuísticas de repercusión “micro”<sup>498</sup>.

Ello puede pasar, principalmente, cuando exista un *sistema de lealtades verticales* basado en *microcanales de confianza*<sup>499</sup> que tienden a crear lazos de *deferential trust* (factor que facilita el recibimiento de ganancias ilícitas para eludir controles formales).

Por ello, he propuesto anteriormente que las personas de rango intermedio (incluyendo a las más jóvenes) poseen la condición de PEPs por relación intraorganizacional, ya que ellas están expuestas al *riesgo personal de doble cara* en la *modalidad impropia*. Así, la estandarización de restricción del campo semántico de las PEPs por medio de la exclusión de tales personas ignora (o tolera), que el fenómeno de la «corrupción» puede ser materializado a partir de “huecos” ocupados estratégicamente por «candidatos neutrales» que están fuera de la zona de destaque y de control preventivo.

---

<sup>497</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie. *Corruption and government*. 2a. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 37.

<sup>498</sup> En cuanto a ello, estoy alineado al sentido de «corrupción administrativa» que ha sido delineado por Hellman *et al.*, y que designa la distorsión –a causa del pago de soborno– de la implementación y aplicación de las reglas, procedimientos y políticas oficiales de una organización pública. *Cfr.* HELLMAN, Joel; et al. “Seize the State, Seize the Day: State Capture, Corruption and Influence in Transition”. *World Bank Policy Research Working Paper 2444*, 2000, p. 3.

<sup>499</sup> Sobre ello, *cfr.* el análisis del *Capítulo segundo*.

## 4.2 La “estandarización” de la diligencia *bottom-up* de máxima intensidad

En lo que atañe a la diligencia debida a la condición riesgosa de las PEPs, el GAFI se alineó a la política del BCBS, y fijó una cadena de “refuerzos” que –en conjunto– confieren *máxima intensidad a la diligencia* que debe dirigir la relación entre el «banco» y tales personas. En particular, la «R.12» ha denominado cada uno de estos refuerzos de *medidas adicionales*, ya que ellos significan un *plus* a la diligencia normal, es decir: algo que se aparta de la prudencia aplicada al relacionamiento bancario con la clientela común<sup>500</sup>.

De entrada, hace falta remarcar un punto clave. El *nivel alto* del riesgo de las PEPs –*que ya viene (pre)determinado por el estándar normativo*– significa que todas las veces que el banco quiere constatar que un cliente –potencial o efectivo– se subsume a tal condición, la «alta dirección» tendrá que ser más diligente y, para ello tendrá que *conocer más* sobre «relación de negocio». En particular, la realización de esa *labor cognitiva* pasa por *cuatro bloques de diligencia adicional*.

*El primer bloque* consiste en la *determinación de la condición de PEP*, no solo en el «cliente», sino también en el «beneficiario final» del servicio bancario. En cuanto a ello, la «R.12» ha tomado en consideración que, en algunas circunstancias, el acceso a la información que permite la constatación de la condición de PEP podrá ser más difícil. Ello pasa

---

<sup>500</sup> En el ámbito europeo, esa categoría ha sido tratada por los *policymakers* y por la literatura bajo las etiquetas «*medidas reforzadas de diligencia*» o *enhanced customer due diligence*. Así están: (i) la Directiva (UE) 2015/849 (art. 19), (ii) la Ley 10/2010, de 28 de abril (art. 11) y (iii) su reglamento, el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo (art. 19). En la literatura, *cf.* BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed, 2015, p. 227.

e.g. cuando el «beneficiario final» de la relación de negocio es una *Foreign PEPs* o una *International Organizations PEPs*

Para evitar esa causa de (des)conocimiento, se ha estandarizado en la «R.12» un deber de rasgo organizacional: la implementación de un «*sistema apropiado de gestión de riesgo*», capaz de incrementar la capacidad del banco para determinar –de modo sistemático– la condición de *Foreign PEPs* en quienes se benefician de sus servicios.

Con todo, el cumplimiento de tal estándar no se realiza con la mera aprobación e implementación formal del sistema. Más allá de ello, hace falta la adopción de medidas proactivas para investigar y evaluar<sup>501</sup> (i) el *perfil de riesgo del cliente* y (ii) el *riesgo de la relación de negocio*<sup>502</sup> con base en «información verificada»<sup>503</sup>.

Ahora bien, en lo que atañe a las *Domestic PEPs*, el estándar del GAFI presume el *conocimiento potencial* de su condición de riesgo por parte de los bancos. El fundamento de ello es que, en ese caso, la información sensible al fin preventivo suele ser más accesible al banco, sea por la disponibilidad en portales (gubernamentales o privados), sea por el estatus de figura pública que tales fiduciarios poseen.

Así pues, los bancos no están obligados a implementar un sistema específico de identificación de la condición de riesgo de ese tipo de PEPs. En ese caso, su deber es adoptar «medidas razonables». A título

---

<sup>501</sup> En algunos contextos, este tipo de medida es conocida como *examen especial*. Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de la banca por el blanqueo de capitales*. Comares: Granada, 1999, p. 34.

<sup>502</sup> FATF. *Guidance: Politically Exposed Persons (Recommendations 12 and 22)*, Paris, 2013, p. 6

<sup>503</sup> Ese es caso, por ejemplo, de *Dow Jones Watchlist*, que ofrece una plataforma específica para la identificación de PEPs de todo el mundo.

de ejemplo: será diligente el banco que –tras reunir el núcleo de información del cliente– contraste, analice y revise su «perfil de riesgo», con base en los datos obtenidos internamente<sup>504</sup>.

*El segundo bloque*, a su vez, consiste en la toma de «medidas razonables» para establecer la «fuente de riqueza» y la «fuente de los fondos» de la PEP, y debe ser aplicada por igual a las *Foreign PEPs*, *International Organizations PEPs*, y *Domestic PEPs*. En términos de prevención, el fin de ese estándar es constatar la *compatibilidad* entre (i) el *valor* y el *motivo* de una operación (e.g. depósito, transferencia) y (ii) la *dinámica económico patrimonial declarada* por la PEP.

En consecuencia, el banco debe analizar la *remuneración oficial* de la PEP, los activos que podrían explicarse por cargos anteriores, el patrimonio familiar y eventuales emprendimientos comerciales que estén en su nombre o bajo su control. En ese punto, hace falta subrayar cuál es el sentido operativo que el GAFI ha atribuido a las expresiones «fuente de los fondos» y «fuente de las riquezas».

Según la *guía* de aplicación de la «R.12»<sup>505</sup>, la palabra «fondos» designa los activos involucrados en la relación de negocio entre la PEP y el «banco», como, por ejemplo, los recursos aplicados en una *inversión*. En ese caso, el banco debe obtener *información substantiva* para conocer la *procedencia* y la *razón* de la “bancarización” de los activos que van a estar bajo a su gestión<sup>506</sup>. Se trata, por tanto, de un *juicio retrospectivo* que

---

<sup>504</sup> FATF. *Guidance: Politically Exposed Persons (Recommendations 12 and 22)*, Paris, 2013, p. 8.

<sup>505</sup> FATF. *Guidance: Politically Exposed Persons (Recommendations 12 and 22)*, Paris, 2013, p. 20.

<sup>506</sup> *Ibidem*.

puede ser representado por la siguiente interrogante: *¿de dónde viene el dinero?*

La palabra «riqueza», a su vez, se refiere a todos los activos económico-patrimoniales del cliente. Ese es el núcleo informacional de mayor relevancia para el conocimiento del «perfil de riesgo» de la PEPs, ya que, por medio de él, el banco pasa a conocer, no solo el «volumen de la riqueza», sino también predecir sus posibles causas de incremento y disminución: datos que interesan, por ejemplo, al ofrecimiento de productos financieros en el segmento de *private banking* y *wealth management*<sup>507</sup>.

Por cierto, ese deber es de máxima intensidad, y su cumplimiento demanda un *mayor esfuerzo del banco*, ya que, en ese caso, el *deber de informarse* que permite el conocimiento no se satisface con el análisis de los datos ofrecidos por el cliente. Más allá de ello, hace falta verificarlos a partir del contraste con registros internos, bases de datos comerciales, fuentes abiertas y las listas privadas de gestores de información sensible.

El propio GAFI<sup>508</sup> reconoce que –en general– el acceso a tales informaciones no es fácil. Como alternativa, su guía sugiere *dos vías*. De un lado, *el uso de las bases de datos de públicos*, tales como registros mercantiles, registros de propiedad, registros de activos, registros de titularidad real, así como el historial de transacciones de las PEPs que ya sean clientes. Del otro, *búsquedas por Internet y redes sociales*, ya que

---

<sup>507</sup> MAUDE, David. *Global private banking and wealth management: the new realities*. Sussex, John Wiley & Sons, 2006, pp. 42 y ss.

<sup>508</sup> FATF-GAFI. *Guidance: Politically Exposed Persons (Recommendations 12 and 22)*, p. 21

estos medios pueden «revelar información útil sobre la riqueza y el estilo de vida de la PEP y sus ingresos oficiales»<sup>509</sup>.

Aunque esa dificultad exista, *y eso se ha comprobado en el análisis práctico de esta investigación*, el hecho de que de la mayoría de las PEPs establezca sus relaciones por medio de la *private banking* o *wealth management*<sup>510</sup> cambia el escenario de cumplimiento. La razón de ello es que, en este ámbito, las dos principales características de la relación con el cliente son (i) el alto volumen de activos “bancarizados”, y (ii) la gestión individualizada del patrimonio global del cliente (incluyendo la planificación fiscal, financiera y patrimonial)<sup>511</sup>.

Es decir: la propia banca va a controlar un alto grado de información sensible para el fin preventivo de «R.12», y ello sucede con una particularidad: aquí, la línea de base —y el *weak point*— de la relación de negocio entre la PEP y el banco es la *deferential trust* (confianza ‘deferente’)<sup>512</sup>.

Ello porque, conforme a lo anterior, en estos segmentos prepondera la *confianza sin inhibición* de la PEP en su *gerente personal*, siendo un rasgo de tal relación la generación de tres sentimientos en el cliente: (i) *la intimidad* (subyacente del modelo de la interacción cercana entre la PEP y el gerente); (ii) *la seguridad* (generada por la pericia y la atención

---

<sup>509</sup> De hecho, la inmersión práctica de esta investigación me ha permitido constatar que la principal vía de aclaración de la situación económico patrimonial de clientes es la Internet: factor que, en algunas circunstancias, puede ser problemático, principalmente por el riesgo de falsedad informacional y *fakenews*.

<sup>510</sup> Al respecto, *cfr.* análisis del *Capítulo cuarto*.

<sup>511</sup> MAUDE, David. *Global private banking and wealth management: the new realities*. Sussex, John Wiley & Sons, 2006, pp. 49-72.

<sup>512</sup> FLANNIGAN, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, 1989, p. 287.

especializada del gerente, dato que crea la expectativa de que el banco le va a garantizar el mejor resultado financiero posible); y (iii) *dependencia* (a causa de la percepción de la necesidad de la intervención del gerente bancario en la gestión de su patrimonio). Siendo esto así, al menos el gerente de relacionamiento del banco *conoce* –en términos objetivos– todo lo que es necesario para el cumplimiento del tal bloque de deber.

Por consiguiente, la «discrepancia» entre el resultado del análisis informacional interno y la información económico patrimonial presentada por la PEP, debe ser interpretada por el banco como un *indicativo de sospecha*. En ese caso, la *obligación de informarse* se intensifica aún más, y el banco debe realizar una «*evaluación adicional inmediata*»<sup>513</sup> para aclarar la discrepancia, y su resultado debe ser apreciado por la alta dirección (*senior management*)<sup>514</sup>.

*El tercer bloque* consiste en llevar a cabo un *monitoreo continuo intensificado* de la «relación de negocio»<sup>515</sup>. En ese punto, el enfoque del GAFI está en las *Foreign PEPs* y en las *International Organizations PEPs*, ya que, en estos casos, el actuar transfronterizo dificulta el *conocimiento inmediato* de hechos y contextos que pueden indicar ilicitud de los activos.

---

<sup>513</sup> FATF. *Guidance: Politically Exposed Persons (Recommendations 12 and 22)*, Paris, 2013 p. 21.

<sup>514</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>515</sup> En cuanto a ello, la inmersión práctica de la investigación me ha permitido constatar que, en regla, ese deber es llevado a cabo con el auxilio de «sistemas de monitoreo electrónico» integrados a fuentes de información actualizadas a diario. Sin embargo, esa automatización es parcial, ya que el sector de cumplimiento interviene y evalúa manualmente el riesgo de las informaciones recolectadas.

En cuanto a ello, ese monitoreo intensificado debe considerar una *tríada de factores que incrementan el riesgo de que la relación de negocio con una PEP*. Son ellos<sup>516</sup>:

1. «*Conflicto de interés*» – ¿Tiene la PEP intereses de negocios relacionados con su «función pública»?

2. «*Influencia*» – La «función pública» desempeñada por la PEP:

(a) ¿Le confiere poder decisorio directo sobre *procesos de contratación pública*, o le permite influenciar *puntos clave* en ese proceso decisorio?

(b) ¿Es ejercida en sectores expuestos a «corrupción» (*e.g. petróleo y gas, construcción, minería, recursos naturales*)?

(c) ¿Le permite dificultar o impactar negativamente la implementación de las «Recomendaciones» del GAFI en su país?

3. «*País de riesgo*»: ¿la PEP reside o ejerce su función en algún país que haya sido identificado por el GAFI, u otros organismos, como poseedor de «deficiencias estratégicas» en materia de prevención del «blanqueo de capitales», o afectado por altos niveles de «corrupción política»?

Una respuesta positiva a alguna de las preguntas anteriores implica, de inmediato, la profundización de la investigación de la relación de negocio. Ello porque los tres factores de riesgo que están por detrás de tales interrogantes designan la contingencia de captura económica y de violación de la normatividad fiduciaria que (pre)determina el actuar de

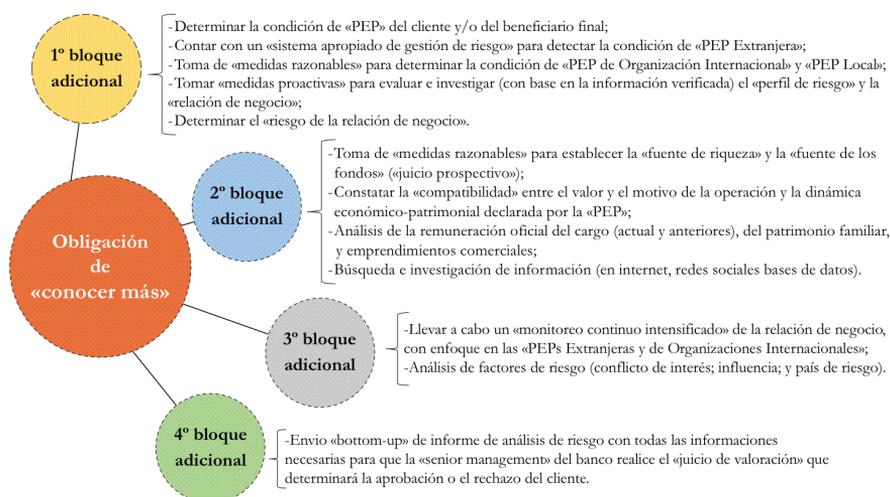
---

<sup>516</sup> FATF. *Guidance: Politically Exposed Persons (Recommendations 12 and 22)*, Paris, 2013, p. 22.

las PEPs. En específico, las «normas profilácticas» de *no-conflict* y *no-profit*<sup>517</sup>.

Por fin, el *cuarto bloque* consiste en el envío *bottom-up* del análisis de la información de riesgo a la *alta dirección* del banco, para que únicamente ese órgano pueda realizar el *juicio de valoración final de riesgo* que determinará (i) la *aprobación (intervención permisiva)* o (ii) el *rechazo (intervención obstructora)* del inicio o continuidad de la relación de negocio con la PEP. Ese juicio, también repercute sobre el *deber de informar* propio de la política de [co]operación bancaria. Me refiero a la decisión interna de *comunicar o no* a la inteligencia financiera del Estado (PEP) sobre una eventual «sospecha» que haya sido detectada y no aclarada a lo largo del proceso de máxima diligencia aplicado a la PEP.

**Figura 8** – Medidas reforzadas de diligencia a las «PEP» (GAFI)

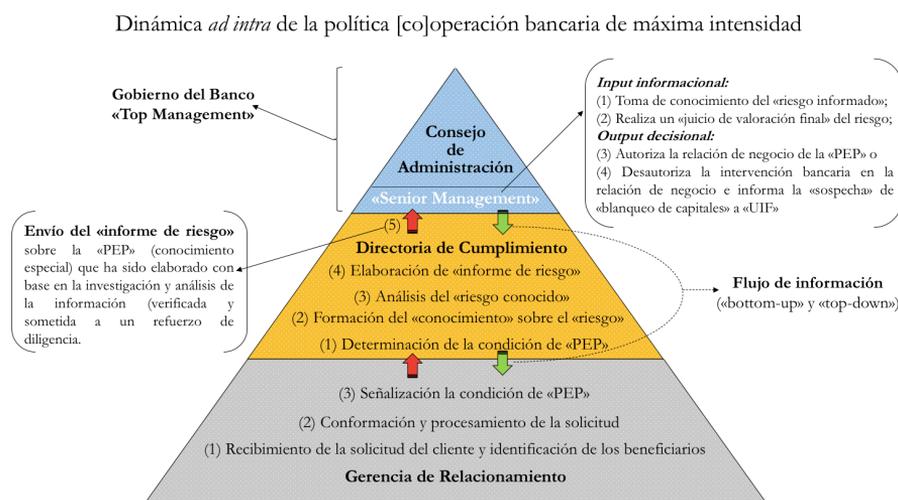


**Fuente:** elaboración propia.

<sup>517</sup> KIM, Sung Hui. *Fiduciary Law and Corruption*, UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper n.º. 18-01, 2018, pp. 18 y ss.

A ese respecto, el estándar de diligencia es claro: tal *decisum* debe ser tomado sobre la base del proceso de debida diligencia, *previamente aplicado en los distintos niveles* del banco y, considerando en todo momento las características particulares de la «función» desempeñada por la PEP<sup>518</sup>. La piedra angular de esa dinámica es la premisa de que, cuanto *mayor el riesgo asignado al cliente, más intensa va a ser la diligencia* debida, y, por ello, también debe ser mayor la interacción comunicacional entre los niveles *top*, intermedio y bajo de la *management* del banco<sup>519</sup>.

**Figura 9** – Modelo del GAFI: Formación del conocimiento de riesgo de alta dirección (*senior management*)



Fuente: Elaboración propia.

<sup>518</sup> FATF. *Guidance: Politically Exposed Persons (Recommendations 12 and 22)*, Paris, 2013, p. 7.

<sup>519</sup> Sobre la lógica interna de organización empresarial, cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, p. 57.

En ese caso, el «riesgo alto» de las PEPs implica –obligatoriamente– un *flujo de información bottom-up* de máxima intensidad y con destinación final a la alta dirección (*senior management*). Sin ello, el nivel *top* del banco no puede emitir diligentemente su *juicio de valoración final*. Ello significa que toda operación bancaria realizada por el «banco» en favor de una PEP, pasó –o debería haber pasado– por un análisis específico de su cúpula, y que, además de ello, solo ha podido ser aprobada con un amplio conocimiento de los riesgos involucrados en ello.

## 5. Balance

De las consideraciones efectuadas en las líneas precedentes subyace que el BCBS y el GAFI han estandarizado, no solo el campo semántico y el «riesgo alto» de la condición de PEPs, sino también una *diligencia bottom-up de máxima intensidad*.

Empero, la diferencia es que, en el caso del GAFI, la diligencia de máxima intensidad está dirigida a la prevención del daño sociopolítico: la “bancarización” de los activos que favorecen procesos de «corrupción». Y, el BCBS, a su vez, sigue la línea de la EBK, poniendo el tono del cumplimiento únicamente en la evitación del «riesgo reputacional».

## **TERCERA PARTE**

### **La “juridificación” local de las PEPs**

## CAPÍTULO VI

### Las PEPs en el marco regulatorio hispano-brasileño

#### 1. Introito

La *estandarización* de la condición de riesgo de las PEPs (ámbito global) tuvo como efecto deseado su *juridificación* en el orden jurídico interno de los países (ámbito local). De entrada, tal afirmación exige una aclaración en cuanto al sentido de la unidad lingüística “juridificación”. Ello porque, desde un punto de vista comunicativo, estoy utilizándola con el fin expresar, *im weiteren Sinne*, la dinámica fenoménica que está por detrás del análisis venidero.

Es verdad que, en el mundo hispanohablante, tal término ya ha sido reconocido y absorbido por la Real Academia Española<sup>520</sup> (algo que no ha pasado en la lusofonía). Sin embargo, la literatura ha dado distintas configuraciones a su campo semántico.

---

<sup>520</sup> Según el diccionario de la RAE, la unidad lingüística «juridificación» significa «Acción y efecto de *juridificar*», y «*juridificar*», a su vez, expresa el sentido de «*regular en derecho una situación anteriormente no prevista en las normas*».

A título de ejemplo, menciono los análisis de HÖRNEMANN<sup>521</sup> (“*Verrechtlichung*” y “*Verrechtlichungsprozesse*”), HABERMAS<sup>522</sup> (“*Verrechtlichung*”), y SILVA SÁNCHEZ<sup>523</sup> (“juridificación”). Esa pluralidad semántica se ve con claridad en el análisis de BLICHNER y MOLANDER<sup>524</sup>, que plantea *cinco significados* distintos para “*juridification*”. Uno de ellos es el que estoy utilizando: el proceso por el cual una actividad queda sujeta a una *regulación legal* –o una *regulación legal más detallada*– existiendo, así, una expansión normativa que incluye una situación que no está regulada legalmente dentro de un área regulada legalmente, y que así, se *vuelve regulada*.

---

<sup>521</sup> Hörnemann utiliza las unidades lingüísticas “*Verrechtlichung*” y “*Verrechtlichungsprozesse*” para referirse al proceso de transformación política de la sociedad alemana (en el contexto postguerra) por vía de la intervención estatal que restringe la libertad los ciudadanos. Se trata de un juicio de (des)valor que, en particular, está referido a dos situaciones: (i) la dinámica de distribución socioeconómica de beneficios sociales, y (ii) la institucionalización de los riesgos sociales con el objetivo de obtención de igualdad social. *Cfr.* HÖRNEMANN, Gerd. *Freiheit - Wertewandel - Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft*. Sozialwissenschaften und Berufspraxis, v. 24, n. 1, 2001, pp. 73-76

<sup>522</sup> Habermas utiliza el término “*Verrechtlichung*” (que ha sido traducido a la lengua española como “juridización”, cuando aparece en solitario, y “juridificación” cuando aparece acompañado de genitivo objetivo) para referirse, *im weiteren Sinne*, a una tendencia que –en su concepción– es propia de las sociedades modernas: el aumento del derecho escrito. Eso comprende (i) la extensión del derecho (regulación jurídica de nuevos asuntos sociales que antes se encontrar en la esfera de la “informalidad”, y (ii) el “adensamiento” del derecho, es decir: “desmenuzación de una materia jurídica global en varias materias particulares”. Según Habermas el análisis crítico de la “*Verrechtlichung*” surge de la mano de Otto Kirchheimer, en la discusión que sucedió a lo largo de la República de Weimar, y estuvo dirigida a “la institucionalización del conflicto de clases en términos de derecho salarial del trabajo y, en general, al acotamiento jurídico de los enfrentamientos sociales y de las luchas políticas”. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus, 1987, pp. 504-505.

<sup>523</sup> Desde mi lectura, Silva Sánchez ha utilizado el término “juridificación” para referirse a la injerencia legislativa que causa la (des)naturalización y (des)construcción del Derecho, y externa un juicio de (des)valor al fenómeno. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La injerencia de las leyes: problemas de la juridificación de las relaciones sociales*. Persona y Derecho, v. 56, 2007, pp. 35-57.

<sup>524</sup> BLICHNER, Lars Chr; MOLANDER, Anders. *What is juridification?* In: Arena Center for European Studies, Working Paper n. 14, marzo 2015. pp. 12-15.

Eso se debe al hecho de que los actores internacionales que protagonizan la difusión de estos estándares ejercen expresiva influencia política (y económica) sobre las dinámicas interna y externa de los países, conforme demostrado en el *capítulo cuarto*.

*Remarcando*: las directrices del BCBS, *e.g.*, son un referente obligatorio a los bancos centrales de todos los países que operan en el «*Universalbankensystem*». La lógica del *naming & shaming*<sup>525</sup>, a su vez, convierten los estándares del GAFI en paradigmas potentes (i) al Derecho Comunitario (que los incorpora totalmente) y (ii) al Derecho nacional (que lo incorpora para cumplir con el Derecho comunitario y para alienarse a la regulación propia de la economía global fomentada por la OCDE).

Por otro lado, la ONU –al trasladar el asunto a art. 52 de la CNUCC– también ha dado su contribución. Es verdad que, paradójicamente, con menor fuerza. Y digo “paradójicamente” por el hecho de que ese es el único organismo que posee la potestad para la creación de normas jurídicas *de hard law*. Aún así, no se puede negar que capacidad para funcionar como un grupo de presión que favorece la “juridificación” de asuntos de interés internacional.

Siendo esto así, resulta evidente que la inclusión de las “PEPs” en las agendas política y formal de España y Brasil no ha sido resultado de un *proceso democrático*. Ambos países forman parte del grupo de miembros del BCBS, del GAFI y de la ONU. Y, al fin y al cabo, han sido estos los actores responsables por determinar la incorporación

---

<sup>525</sup> En traducción literal, esa política consistiría en el acto de “nombrar” y “avergonzar” a los países que no cooperan con el enfrentamiento del «*blanqueo de capitales*», algo próximo de un “constreñimiento” internacional.

(desde fuera hacia adentro) del marco regulador internacional de las PEPs<sup>526</sup>. Lo que hay, aquí, es el fenómeno que denomino “*regulatory repeater*”: por más soberanos que sean, los Estados tienen poca o reducida libertad fáctica para rechazar los referentes internacionales que determinan dicha transposición, existiendo una cadena de repetición: el estándar global es lo mismo que se repite en la ámbito comunitario o regional, y que, al fin, se repite en la regulación “juridificada” localmente por los países.

Esa etiqueta me parece traducir mejor el fenómeno que la literatura rotula de “americanización”<sup>527</sup> o “europeización”<sup>528</sup> del Derecho penal.

Por ello, aunque los ordenamientos jurídicos de España y Brasil tengan sus peculiaridades internas, que ambos estén vinculados al mismo marco regulador externo, hace que las diferencias operativas entre ellos sean extremadamente reducidas. Aún así, hay algunos matices que pueden alterar el sentido y alcance normativo de la figura “PEPs” en uno y otro país.

De tal forma, el objetivo de este apartado es analizar cuáles son las similitudes y diferencias existentes en las transposiciones regulatorias de España y Brasil. Para ello, se hará una inmersión en dos grupos de juridificación. El primero comprende *la etiqueta conceptual, el concepto en sí*

---

<sup>526</sup> Sobre la dinámica política que favorece a ello, cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “¿Derecho Penal Regulatorio?”. *InDret*, n. 2, 2015, pp. 145-151.

<sup>527</sup> NIETO MARTÍN, Adán. ¿“Americanización o europeización del derecho penal económico?” *Revista Penal*, n. 19, 2007, pp. 120-136.

<sup>528</sup> SATZGER, Helmut. “La europeización del Derecho penal. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los Estados miembros”. *Cuadernos de Derecho Penal*, 2012, pp. 43-57. En el mismo sentido, VERVAELE, John A. “La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea”. *Revista Penal*, n. 15, 2005, pp. 169-184.

*mismo* y el *catálogo* de PEPs adoptados por España y Brasil. El segundo, ubicado en el próximo capítulo, comprende los *deberes de diligencia* que cada ordenamiento ha “juridificado” para que los bancos cumplan con la diligencia debida a tal condición de riesgo.

## 2. La regulación local de las PEPs

En el ordenamiento jurídico español la figura PEP está regulada por dos marcos distintos. El primero es la *Ley 10/2010*<sup>529</sup>, que es la piedra angular de la actual política de prevención del «blanqueo de capitales» (incluyendo el Real Decreto-Ley 11/2018). El segundo es *Ley 19/2013*, que regula los mecanismos de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Desde un punto de vista jurídico-formal, ambas leyes refuerzan el *alineamiento* de España al marco de Derecho europeo: se tratan de transposiciones de las *Directivas 2005/60/CE* (*que fija núcleo básico del concepto de «PEP»*) y *2006/70/CE* (*que desarrolla la definición conceptual y los procedimientos de operación*). El Derecho europeo, a su vez, repite lo que

---

<sup>529</sup> La anterior normativa de prevención de «blanqueo de capitales», *Ley 19/1993*, no hace ninguna referencia a la figura de las PEP, ya que en aquel entonces tal concepto inexistía en su fuente transposición (la «primera directiva»). Desde un punto de vista estructural, con todo, esa regulación ha estructurado la dinámica básica de la política de cooperación preventiva, incluyendo (i) la definición de poderes de gestión de la información financiera, (ii) un sistema de obligaciones de colaboración (activa y pasiva) y un conjunto de sanciones articuladas con la actividad de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, tratada posteriormente por la RD 925/1995. En ese sentido, *cfr.* GÓMEZ INIESTA, Diego. *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*. Cedecs: Barcelona, 1996, pp. 71-72.

ha sido establecido por el GAFI (en la R.12), configurándose, así, el fenómeno de la *regulatory repeater*<sup>530</sup>.

En Brasil, la condición de riesgo de las PEPs ha sido “juridificada” fuera del marco central de prevención y represión de *lavagem de dinheiro* (Lei n.º. 9.613 de 1998, y Lei n.º. 12.683 de 2012). En particular, su tratamiento consta de la *Circular n.º. 3.978/2020*<sup>531</sup>, elaborada por el Banco Central do Brasil. A diferencia de España, no hay, aquí, una influencia de un *Derecho comunitario*, de modo que el *input* de la juridificación nacional ha sido la propia «R.12» del GAFI.

### 3. Las “etiquetas”

Conforme subyace de la primera parte de esta investigación, la etiqueta “PEPs” está referida a una *condición de riesgo* que –en regla– está asociada a las personas “del medio político”: una noción demasiado amplia. En cuanto a ello, DÍEZ-PICAZO<sup>532</sup> plantea –tratando de la criminalidad propia de las PEPs– que el campo semántico de “político” debe comprender, apenas, a los ejercientes de «funciones

---

<sup>530</sup> En ese punto, consta del texto de la Ley 10/2010 la siguiente observación: «debe subrayarse que la Directiva 2005/60/CE o Tercera Directiva [...] básicamente incorpora al derecho comunitario las Recomendaciones del GAFI tras su revisión en 2003». *Cfr.* Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Publicado en: *BOE*, núm. 103, de 29/04/2010.

<sup>531</sup> Las tres normas han sido desarrolladas para regular los procedimientos de prevención de *lavagem de dinheiro* en la dinámica *ad intra* de los bancos. En particular, la aprobación de la «Circular n.º. 3.978» ha sido fomentada dentro de un conjunto de acciones del Gobierno Federal para facilitar la admisión del país como miembro de la OCDE. La actual normativa ha entrado en vigor el 1º de octubre de 2020, a causa de los efectos del COVID-19, según consta en la *Circular n. 4.005*, del 16 de abril de 2020.

<sup>532</sup> *Cfr.* DÍEZ-PICAZO, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 2000, pp. 12-13.

públicas» *ejecutivas* (a nivel nacional, regional o local), personas elegidas o investidas por órganos representativos (*e.g.*, presidente de gobierno y alcalde), y cargos nombrados (*e.g.* ministros, secretarios y subsecretarios, directores de organismos autónomos)<sup>533</sup>.

Desde un punto de vista jurídico-formal, tal propuesta restringe el contenido *funcionario público* que consta del 24 del Código penal español. Ello porque, según ese autor, el campo semántico de los “político” no debe alcanzar: (i) a los *funcionarios admitidos por oposición* (ya que el actuar de tales personas es *técnico*), (ii) a los *jueces* (a causa del principio de independencia), y (iii) a los *parlamentarios de oposición* (ya que, en este caso, tales personas no forman parte del gobierno, sino de un grupo ajeno a la coalición, y que va a controlar el gobierno y los gobernantes, y que por ello, está más expuesta al riesgo de *doble cara*<sup>534</sup>.

A la luz de la tipología que he propuesto en el *capítulo tercero*, no puedo estar de acuerdo con la totalidad de este entendimiento. Sin embargo, su tenor permite la visualización del tono que la expresión «*Personas del Medio Político*» podría poner en la percepción pública acerca de *quiénes* están potencialmente vinculados a tal condición de riesgo. Ello porque, conforme el análisis del *capítulo quinto*, la etiqueta “PEPs” ha sido originalmente creada<sup>535</sup> para transmitir el mensaje de «polarización ética» del «nosotros» (sistema bancario) y del ellos (PEPs)<sup>536</sup>.

Así pues, la [mala] traducción de *Politically Exposed Persons* como «*Personas del Medio Político*» (tanto en la Política del BCBS, como en el

---

<sup>533</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>534</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>535</sup> BCBS. *Debida diligencia con la clientela de los bancos*, Bern, Octubre 2001, p. 11.

<sup>536</sup> VAN DIJK, Teun A. “Análisis del discurso”. *Anthropos*, 186, septiembre-octubre, 1999, pp. 25-27.

Derecho comunitario) contribuía –desde un punto de vista lingüístico– para reforzar (aún más) la polarización y connotación negativa que gravitan alrededor de tal condición de riesgo.

Eso cambia cuando los “políticos” de España, es decir, las propias PEPs, deciden contrariar el Derecho comunitario y el GAFI para utilizar –en las Leyes 10/2010 y 19/2013– la etiqueta «personas *con* responsabilidad pública», en adelante PRPs. En esa configuración, el mensaje expresado por la “etiqueta” es totalmente distinto, pues lo que subyace de su tener es un asociación comunicacional positiva. En términos discursivos, la preposición *con* hace que la imagen de las *personas* que desempeñan la «función pública» esté siempre acompañada de la noción fuerte de «responsabilidad», es decir: el tomar para sí el encargo de actuar con autoridad para realizar determinada «tarea».

Ese elemento, conforme consta del análisis del *capítulo primero*, es clave para la conformación de las «expectativas» en torno del actuar de las PEPs<sup>537</sup>, repercutiendo, incluso, en la precomprensión y en el análisis de riesgo llevados a cabo por quienes deben cumplir, desde el banco, con la diligencia debida a tal condición de riesgo. De ahí la afirmación expresa del legislador español en el sentido de que, para aludir a lo que las *directivas* denominan «personas del medio político», «se ha optado por la locución «*personas con responsabilidad pública*», dado que ella es más exacta y expresiva en castellano<sup>538</sup>.

---

<sup>537</sup> FIGUEROA. *Expectativas y atribución de responsabilidad*, pp. 93-110.

<sup>538</sup> Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, publicada en: *BOE*, núm. 103, del 29 de abril de 2010, pp., 37458 a 37499.

En el ordenamiento jurídico brasileño, a su vez, no hubo tal análisis de “expresividad”: la *Circular n.º. 3.978/2020* ha adoptado el rotulo «*Pessoas Expostas Politicamente*», que es la traducción literal de la locución inglesa a la lengua portuguesa, y así se alinea integralmente a la R.12 del GAFI<sup>539</sup>.

#### 4. La semántica y los catálogos de PEPs

En lo que atañe al núcleo de las PRPs, tanto la *Ley 10/2010* (art. 14) como la *Ley 19/2013* se fijan en cargos públicos que –en el diseño de la democracia constitucional– que realizan las *tareas básicas* (*Kernaufgaben*) que permiten poner en marcha los servicios básicos de interés general (*Daseinsvorsorge*)<sup>540</sup>.

En concreto, lo que determina la condición de riesgo –curiosamente denominada *responsabilidad pública*– es hecho de *desempeñar* (dato fáctico presente) o *haber desempeñado* (dato fáctico pasado) una «función pública importante».

A partir de esa, la piedra angular –que “repite” la configuración de la *estandarización global*– se han edificado *cinco tipos* de PRPs. Aunque el legislador no haya utilizado etiquetas específicas para cada uno de

---

<sup>539</sup> En Portugal la nomenclatura es parecida a la brasileña, pero con un matiz diferente: el *nomen iuris* adoptado por el Banco de Portugal –órgano regulador– es *peoas politicamente expostas*. Tal normativa se encuentra en: «Lei n.º. 83/2017», de 28 de agosto de 2017, y en el «Aviso do Banco de Portugal n.º. 2/2018», publicado el 26 de septiembre de 2018.

<sup>540</sup> SARTORI. *La política: lógica y método en las ciencias sociales*. D.F, México: Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 15 y ss.

ellos, procederé a identificarlos y agruparlos en *cinco grupos*, de acuerdo con el ámbito de actuación funcional de tales personas.

Son ellos: (i) *grupo central* (PRPs por función central), (ii) *regional* (PRPs por función autonómica) (iii) *municipal* (PRPs por función municipal), (iv) *híbrido* (PRPs por función sindico-empresarial); y (v) *supranacional* (PRPs por función supranacional) <sup>541</sup>. A la luz de la tipología que propongo en el *capítulo tercero*, los cinco grupos aglutinan una única especie de PEPs: las por función. Veámoslos.

El *primer grupo* congrega las *PRPs (nacionales o extranjeras) por función central*, y está catalogado en el art. 14.2 de la Ley 10/2010. En particular, su campo semántico comprende aquellas personas cuya «autoridad decisional» afecta con mayor intensidad la «dinámica institucional» central del Estado<sup>542</sup>. Su composición se refleja en la tabla siguiente.

---

<sup>541</sup> En ese punto, la Ley 10/2010 está integralmente alineada con el tenor de las directivas tercera y cuarta.

<sup>542</sup> Sobre el concepto de institución que estoy utilizando, cfr. NORTH, Douglass. “Institutions”. *Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1, 1991, p. 97 y ss.

**Tabla 3 – Grupo central de PRPs (España)**

| Las PRPs por función central |                          |   |
|------------------------------|--------------------------|---|
| Ámbito                       | Ubicación                | Posición Funcional  |
| Nacional<br>o<br>Extranjero  | <b>Poder Ejecutivo</b>   | - Jefes de Estado;<br>- Jefes de Gobierno;<br>- Ministros u otros miembros del Gobierno;<br>- Secretarios de Estados o subsecretarios.  |
|                              | <b>Poder Legislativo</b> | - Parlamentarios.   |
|                              | <b>Poder Judicial</b>    | - Magistrados de tribunales supremos, tribunales constitucionales u otras altas instancias judiciales cuyas decisiones no admitan normalmente recursos (salvo en circunstancias excepcionales)<br>- Miembros equivalentes del Ministerio Fiscal <sup>543</sup> .  |
|                              | <b>Poder Ejecutivo</b>   | - Los miembros de tribunales de cuentas o de consejos de bancos centrales;<br>- Los embajadores y encargados de negocios;<br>- El alto personal militar de las Fuerzas Armadas <sup>544</sup> ;<br>- Los miembros de los órganos de administración, de gestión o de supervisión de empresas de titularidad pública;<br>- Los cargos de alta dirección de partidos políticos con representación parlamentaria. |

**Fuente:** elaboración propia.

<sup>543</sup> Según el artículo segundo de la Ley 50/1981, el Ministerio Fiscal está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial.

<sup>544</sup> A partir de la exégesis de los artículos 2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley 39/2007, del 19 de noviembre, de la carrera militar, la expresión «*alto personal militar de las Fuerzas Armadas*» comprende el Rey de España (que «*tiene empleo militar de capitán general del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, máximo rango militar que le corresponde en exclusiva como mando supremo de las Fuerzas Armadas*»), y –eventualmente– el Príncipe de Asturias, «*que podrá desarrollar la carrera militar y tener empleos militares que, mediante real decreto, determine el Gobierno*». Además, también componen el alto personal: el Ministro de Defensa, el Jefe de Estado Mayor de la Defensa; el Subsecretario de Defensa; y los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.

El legislador también ha incluido en ese grupo las *extensiones funcionales de la cúpula del gobierno* (art. 14.3, “a”). Me refiero a los «altos cargos» que no se subsumen formalmente a las funciones públicas catalogadas anteriormente, pero que funcionan como extensiones de la cúpula central de la administración pública del Estado. En particular, ese *estatus* está referido a funciones estratégicas del *gobierno*, y viene dado por la Ley 3/2015, que es la «reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado»<sup>545</sup>.

Desde un punto de vista jurídico-político, el actuar funcional de cada una de estas PRPs –*que son PEPs por función*– designa mayor riesgo de desvío y captura económica por dos motivos. *Primero*: ellas pueden

---

<sup>545</sup> De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 3/2015 de 30 de marzo, que regula el ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, se consideran «altos cargos»: “a) Los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado. b) Los Subsecretarios y asimilados; los Secretarios Generales; los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla; los Delegados del Gobierno en entidades de Derecho Público; y los jefes de misión diplomática permanente, así como los jefes de representación permanente ante organizaciones internacionales; c) Los Secretarios Generales Técnicos, Directores Generales de la Administración General del Estado y asimilados; d) Los Presidentes, los Vicepresidentes, los Directores Generales, los Directores ejecutivos y asimilados en entidades del sector público estatal, administrativo, fundacional o empresarial, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que tengan la condición de máximos responsables y cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno y, en todo caso, los Presidentes y Directores con rango de Director General de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social; los Presidentes y Directores de las Agencias Estatales, los Presidentes y Directores de las Autoridades Portuarias y el Presidente y el Secretario General del Consejo Económico y Social; e) El Presidente, el Vicepresidente y el resto de los miembros del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el Presidente de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, el Presidente, Vicepresidente y los Vocales del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Presidente, los Consejeros y el Secretario General del Consejo de Seguridad Nuclear, así como el Presidente y los miembros de los órganos rectores de cualquier otro organismo regulador o de supervisión; f) Los Directores, Directores ejecutivos, Secretarios Generales o equivalentes de los organismos reguladores y de supervisión; g) Los titulares de cualquier otro puesto de trabajo en el sector público estatal, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros, con excepción de aquellos que tengan la consideración de Subdirectores Generales y asimilados; 3. No tendrá la consideración de alto cargo quien sea nombrado por el Consejo de Ministros para el ejercicio temporal de alguna función o representación pública y no tenga en ese momento la condición de alto cargo”.

*restringir* o *ampliar* derechos y libertades que interesan a todos los ciudadanos del país en donde la «función pública» es desempeñada. *Segundo*: ellas intervienen en círculos de poder y de relaciones (organizacionales, políticas y económicas) que acaban aproximándolas de los intereses privados que gravitan en torno de los distintos asuntos de agenda de gobierno, lo que, en efecto, incrementa al máximo nivel no solo su exposición al «riesgo de doble cara», sino también su capacidad de influenciar una *PEE*x (*persona económicamente expuesta*). De ahí la razón de su destaque para fines de prevención.

El *segundo grupo*, a su vez, comprende las *PRPs Domésticas por función autonómica* (art. 14.3, “b” de la Ley 10/2010). Aquí también estamos ante a las denominadas *PEPs por función*. En ese caso, con todo, el actuar funcional es más restricto, ya que está referido únicamente de una «comunidad autónoma»<sup>546</sup>.

Para la mejor comprensión del entorno de riesgo de tal tipo de *PRPs*, es relevante tener en cuenta algunos factores. Según GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ<sup>547</sup>, la configuración autonómica del Estado español tiene como base la autorización constitucional para la

---

<sup>546</sup> En ese caso, el rótulo –y la razón– de la tipología están vinculados al modelo de *Estado Autonomico* adoptado por España. En cuanto a ello, Solozabal destaca que esta configuración de Estado tiene como marco «*la constitución española de 1978, que ha establecido un modelo que, desde el punto de vista de la organización territorial del poder, se encuentra a medio camino entre el Estado unitario y el Estado federal; ese modelo ha recibido el nombre, tanto en la doctrina como entre los propios agentes políticos, de Estado autonómico o Estado de las autonomías territoriales, aunque ningún precepto constitucional utilice esta calificación*». SOLOZABAL, Juan José. “Sobre el Estado Autonomico Español”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 78, 1992, pp. 105-129. Para una visión más amplia, *cf.*: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El sistema autonómico español: formación y balance”. *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos*, núm. 39/40, 2003, pp. 5-20.

<sup>547</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, 17 ed., Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 405.

*descentralización política*<sup>548</sup>. Con ello, se posibilita la «variación en la unidad, compatibilizando con ésta la aspiración de autogobierno de los distintos pueblos de España»<sup>549</sup>.

El eje fundamental de ese modelo es la repartición de «*responsabilidades públicas*» y «*ámbitos de actuación funcional*» entre el «Estado» (dotado de supremacía) y las «Comunidades» (dotadas de autonomía) a un nivel territorial reducido<sup>550</sup>. Así, estas dimensiones «se alimentan en principio de su misma sustancia política, recaban poderes de análoga naturaleza y tienden a reproducir su misma estructura, sin perjuicio, naturalmente, de la supremacía que, como expresión de la unidad de Estado (art. 2 de la Constitución española), corresponde a las Cortes Generales y al Gobierno»<sup>551</sup>.

En la práctica, eso significó la fragmentación del sistema jurídico-urbanístico español en *diecisiete piezas*<sup>552</sup> (asistemáticas y contradictorias entre sí), lo que, en efecto, facilita, como lo reconoce ENTERRÍA<sup>553</sup>, la formación de *oligopolios locales* y de procesos más abiertos de «corrupción institucional». La causa de ello es que el reparto de competencias, derivado de la mezcla entre los modelos federativo y

---

<sup>548</sup> En el ámbito constitucional, el trato específico de las comunidades autónomas está en el *capítulo tercero* (artículos 143 a 158).

<sup>549</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, 17 ed., Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 405.

<sup>550</sup> *Ibidem*.

<sup>551</sup> *Ibidem*.

<sup>552</sup> En la actualidad, las comunidades autónomas son: (i) Andalucía, (ii) Aragón, (iii) Principado de Asturias, (iv) Islas Baleares, (v) Canarias, (vi) Cantabria, (vii) Castilla-La Mancha, (viii) Castilla y León, (ix) Cataluña, (x) Comunidad Valenciana, (xi) Extremadura, (xii) Galicia, (xiii) La Rioja, (xiv) Comunidad de Madrid, (xv) Región de Murcia, (xvi) Comunidad Foral de Navarra, (xvii) País Vasco. Además, hay dos ciudades autónomas: Celta y Melilla.

<sup>553</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El sistema autonómico español: formación y balance”, *Revista de Occidente*, n. 271, 2003, pp. 17-18.

unitario<sup>554</sup>, acabó por atribuir más potencia a la autoridad decisional de las personas que desempeñan «funciones públicas destacadas» en los reducidos niveles territoriales.

En particular, las «Comunidades» poseen *autonomía política* para *ejecutar* y *legislar* sobre asuntos de gran envergadura que están contemplados en sus respectivos *Estatutos*<sup>555</sup>. Así, aunque su financiación dependa, en parte, de la fiscalidad llevada a cabo por el gobierno central, ellas cuentan con una dinámica de recaudación propia que les atribuye autonomía financiera (mismo que ello no significa “independencia” presupuestaria).

Siendo esto así, la atención específica a las *PRPs por función autonómica* se demuestra adecuada, pues, en esta zona, la es mucho más intensa la percepción del *pedigrí fáctico*<sup>556</sup> que subyace de la «autoridad decisional» y del «estatus organizacional» de tales personas<sup>557</sup>.

---

<sup>554</sup> SOLOZABAL, Juan José. “Sobre el Estado Autonómico Español”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 78, 1992, p. 110 y ss.

<sup>555</sup> En particular, el art. 148 de la Constitución Española reconoce un catálogo de materias cuya competencia legislativa es de cada *comunidad autónoma*, con destaque para: (i) la organización de las instituciones de autogobierno, (ii) ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, (iv) obras públicas de interés de la comunidad; (v) los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad, (vi) el transporte desarrollado por estos medios o por cable, (vii) los puertos de refugio, los puertos y aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales; (viii) la promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial; (ix) la promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio; (x) asistencia social; (xi) sanidad e higiene.

<sup>556</sup> HINSCH, Wilfried. “Justice, legitimacy and constitutional rights”. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, v. 13, n. 1, 2010, pp. 38-39.

<sup>557</sup> Por ese motivo, opto por nombrarlas *tipo* de «PRP Domestica con función autonómica», ya que –en términos operativos– esa etiqueta facilita el direccionamiento de la búsqueda bancaria de fuentes de información para ponderar el «perfil de riesgo».

Ahora bien, en términos conceptuales, la Ley 10/2010 no especificó todas las funciones públicas que generan la condición de riesgo de ese tipo de PRPs. En realidad, el legislador se ha limitado indicar, ejemplificativamente (art. 14.3, “b”), las funciones que constan de la tabla siguiente.

**Tabla 4 – Grupo regional de PRPs (España)**

| Las PRPs por función autonómica |                          |   |
|---------------------------------|--------------------------|---|
| Ámbito                          | Ubicación                | Posición Funcional  |
| Autonómico<br>(Regional)        | <b>Poder Ejecutivo</b>   | - Presidente;<br>- Consejeros y demás miembros de los Consejos de Gobierno;<br>- Las personas que desempeñan funciones equivalentes a las de los «altos cargos» (funciones residuales de cúpula). |
|                                 | <b>Poder Legislativo</b> | - Diputados Autonómicos.  |

**Fuente:** elaboración propia.

Esa ejemplificación también ha sido utilizada en la configuración del *tercer grupo*, que comprende las *PRPs por función local* (art. 14.3, “c” de la Ley 10/2010). Aquí, el legislador se ha referido únicamente a las funciones que constan de la tabla siguiente.

**Tabla 5 – Grupo municipal de PRPs (España)**

| Las PRPs por función municipal |                          |  |
|--------------------------------|--------------------------|--|
| Ámbito                         | Ubicación                | Posición Funcional   |
| Municipal<br>(Local)           | <b>Poder Ejecutivo</b>   | - Alcaldes;<br>- Las personas que desempeñan funciones equivalentes a las de los «altos cargos» de la Administración General del Estado. |
|                                | <b>Poder Legislativo</b> | - Concejales.  |

**Fuente:** elaboración propia.

Ese catálogo, solo se aplica a los «*municipios capitales de provincia, o de Comunidad Autónoma y de las Entidades Locales de más de 50.000 habitantes*». O sea, si el número de habitantes es inferior a ese umbral, el ejerciente de la función pública no va a ser considerado como *PRP por función*, ya que el enfoque, para fines de prevención bancaria, está en la *gran corrupción*. En mi opinión, me parece equivocado ese “corte” llevado a cabo por el legislador español, pues un municipio con menos habitantes puede, igualmente, gestionar recursos de gran monto para obras públicas, por ejemplo, lo que sucede en las áreas de saneamiento e infraestructura.

En cada una de las distintas competencias y funciones desempeñadas por las PRPs por función (central, autonómica y municipal) se percibe la determinación clara de un núcleo de un grupo de tareas que permite responder –*de inmediato y con certidumbre*– a la cuestión de si una persona

está comprendida («certeza positiva») o excluida («certeza negativa») del campo semántico del concepto<sup>558</sup>.

Sin embargo, la referencia abstracta a los «*altos cargos*», es decir, a las extensiones funcionales de las cúpulas de los gobiernos (central, regional y municipal), no ha sido de todo específica. Esto fomenta la aparición de dudas y de «candidatos neutrales»: situación que «no posibilita afirmar de forma tajante si determinadas personas quedan comprendidas, o no, dentro del concepto»<sup>559</sup>. Y eso, para el fin de la política bancaria de cooperación preventiva, significa un menor control de clientes potenciales de «alto riesgo»<sup>560</sup>.

Por otro lado, el *cuarto grupo* predetermina la condición de PRP a las personas que ocupan cargos de «alta dirección» en el ámbito de «organizaciones sindicales» y «empresariales» españolas (art. 14, 3, “d”). Se trata de una innovación<sup>561</sup>, ya que tal tipo no ha sido estandarizado en el marco regulador global de las PEPs. Pese a la falta de etiqueta legal, las denominaré, en esa investigación, PRPs por función sindico-empresarial.

---

<sup>558</sup> GARCÍA SALVADO, María José. “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2003, pp. 107 y ss.

<sup>559</sup> *Ibidem*.

<sup>560</sup> Esa ha sido una debilidad regulatoria constatada en la inmersión práctica de la presente investigación.

<sup>561</sup> A ese respecto, la cuarta directiva de la UE (art. 3.9) ha adoptado una lista más restrictiva, alcanzando apenas (ix) directores, directores adjuntos y miembros del consejo de administración, o función equivalente, de una organización internacional.

**Tabla 6 – Grupo híbrido de PRPs (España)**

| Las PRP por función sindico-empresarial |                                 |  |
|---|---------------------------------|--|
| Ámbito                                  | Ubicación                       | Posición Funcional   |
| Central,<br>Autonómico,<br>y Municipal  | Actividad político-laboral      | - Cargo de «alta dirección» en «organización sindical».    |
|   | Actividad económico-empresarial | - Cargo de «alta dirección» en «organización empresarial». |

**Fuente:** elaboración propia.

En particular, el *input* que genera esa exposición al «riesgo de doble cara» tiene su origen en el modelo de interacción entre sindicatos y empresas que ha sido establecido por la Constitución española de 1978 (en adelante, «CE»).

Conforme destacan MERINO, HERNÁNDEZ y ESPEJO<sup>562</sup>, la CE consolidó un «modelo democrático de relaciones colectivas de trabajo» que institucionaliza el «sindicato» como *sujeto político* (art. 7) y reconoce la plena libertad sindical. A la luz de su diseño y programa normativo (especialmente en sus artículos 1.1, 7 y 9.2), bien como de la Ley *Orgánica 11/1985* (de Libertad Sindical), la «función pública» de las «organizaciones sindicales» es garantizar a un determinado grupo de ciudadanos (los trabajadores) la efectividad de igualdad, de las condiciones laborales no precarias y del despido no abusivo<sup>563</sup>.

<sup>562</sup> MERINO SEGOVIA, Amparo; et al. CONTRERAS HERNÁNDEZ, Óscar; ESPEJO MEGÍAS, Patricia. “El Derecho y las organizaciones sindicales ante el reto global”, *Revista de Relaciones Laborales*, n. 28, 2013, pp. 36-38.

<sup>563</sup> SANGUINET RAYMOND, Wilfredo. “Sindicatos y libertad sindical en España: dos décadas de vigencia constitucional”. En: *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, año III*, n. 11, abr./jun 2004, p. 188.

Aunque el contexto de crisis económica haya causado una intensa flexibilización del marco de protección *iustlaboral*<sup>564</sup>, los «sindicatos» siguen siendo poseedores de un importante *poder decisional* en las dinámicas de «concertación social»<sup>565</sup> y, principalmente, en la *firma de acuerdos* con patronales en «negociaciones colectivas»<sup>566</sup> sobre asuntos que, en otros tiempos, competían únicamente a las empresas<sup>567</sup>.

A causa de esa dinámica de «codecisión negocial» *empresa-sindicato*<sup>568</sup>, o, a depender de la situación, *empresa-gobierno-sindicato*, la defensa de los intereses de los trabajadores depende integralmente de la conducta ética de quienes ocupan cargos de «alta dirección» en la cúpula de los «sindicatos». Es decir: tales personas desempeñan una función que es *política* (por fuerza de norma constitucional) y *fiduciaria* (pues actúan bajo el lazo de *deferential trust*<sup>569</sup> en favor de los trabajadores representados).

Ese es el factor que, por la perspectiva legal, expone las cúpulas de organizaciones sindicales a la captura económica por parte de las

---

<sup>564</sup> *Ibidem*.

<sup>565</sup> La «concertación social», debe ser entendida como un intercambio político entre *poderes públicos* y los  *sujetos de la autonomía colectiva* a causa del ejercicio de responsabilidad compartida entre *Estado* (gobierno) y los *interlocutores sociales* (organizaciones sindicales y empresariales). *Vid.* PÉREZ-AMORÓS, Francesc (2014): “Concertación social para el empleo en España (2008-2014)”. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, Vol. 2, pp. 95-108.

<sup>566</sup> En el ámbito internacional, el fomento a ese tipo de interacción viene dado por la Convención 154 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que en su art. 2 destaca el uso de esa vía para fijar para establecer (i) condiciones de trabajo y empleo; (ii) parámetros mínimos para las relaciones entre empresa y trabajadores, bien como entre las organizaciones sindicales y empresariales.

<sup>567</sup> MONERE PÉREZ, José Luis; MORENO VIDA, María Neves. “La negociaciación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productos”, *Temas Laborales*, núm. 76, 2004, p. 257.

<sup>568</sup> *Ibidem*.

<sup>569</sup> FLANNIGAN, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, 1989, p. 287.

organizaciones empresariales *interesadas en garantizar la prevalencia de su propio interés*. Así pues, inclusión de las personas que protagonizan ese *proceso codecisional* en el catálogo de PRPs ha sido, en mi concepción, una medida adecuada, pues el actuar funcional de ellas se subsume, integralmente, en la tipología propuesta (PEPs por función).

Por fin, el *quinto grupo* congrega las PRPs por función supranacional (art. 14.2, *in fine*), está referido a los (i) *directores*, (ii) *directores adjuntos* y (iii) *miembros del consejo de administración* (o función equivalente) de una «organización internacional».

**Tabla 7 – Grupo supranacional de PRPs (España)**

| Las PRPs por función supranacional |                            |   |
|------------------------------------|----------------------------|---|
| Ámbito                             | Ubicación                  | Posición Funcional  |
| Supranacional                      | Organización Internacional | - Directores;<br>- Directores adjuntos;<br>- Miembros del consejo de administración u órgano equivalente. |

**Fuente:** elaboración propia.

Se tratan de personas que toman *decisiones estratégicas* sobre asuntos discutidos en el ámbito internacional, pero de interés nacional de cada país-miembro<sup>570</sup>. Esa previsión corresponde a la absorción del estándar inherente a figura de las *International Organizations PEPs*, recomendada por el GAFI. Por ello, remito al lector al análisis ya realizado en el *capítulo quinto*.

En el marco brasileño, a su vez, la regulación actual ha dejado de presentar un concepto genérico de PEP, conforme era la tradición de

<sup>570</sup> Además de la ONU, se puede mencionar, *e.g.*, la Organización Mundial de la Salud, Organización Mundial del Comercio; Organización Internacional del Trabajo; el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

las circulares que han sido revocadas por la *Circular n.º 3.978*, de 23 de enero de 2020<sup>571</sup>. En particular, tal acto normativo estableció en el art. 27, §§ 1º, 2º y 3º, un catálogo cerrado (*numerus clausus*) que permite responder –*de inmediato y con certidumbre*– a la cuestión de si una persona está comprendida («certeza positiva») o excluida («certeza negativa») de del campo semántico de las PEPs<sup>572</sup>

Utilizando el criterio aplicado anteriormente (*ámbito de actuación funcional*), se nota que, en Brasil, la lógica de “juridicización” de las PEPs sigue la misma línea de España. En concreto, esta condición de riesgo puede ser dividida en *cuatro grupos*. Son ellos: (i) *central* (PEPs Extranjeras y PEPs por función federal); (ii) *regional* (PEPs por función estadual o distrital), (iii) *municipal* (PEPs por función municipal) y (iv) *supranacional* (PEPs de función supranacional). Veámoslos.

En el *primer grupo*, el legislador brasileño –diferentemente del legislador español– ha tratado de manera separada las funciones públicas de posición central extranjeras y domésticas. En específico, la condición de PEP Extranjera ha sido legalmente asignada a las personas que

---

<sup>571</sup> En la *Circular 3.654*, de 27 de marzo de 2013, vigente hasta el 30 de septiembre de 2020, el art. 4º, §1º, conceptuaba las PEP como “*agentes públicos que desempenham ou tenham desempenhado, nos últimos cinco anos, no Brasil ou em países, territórios e dependências estrangeiros, cargos, empregos ou funções públicas relevantes, assim como seus representantes, familiares e outras pessoas de seu relacionamento próximo*”. El mismo núcleo conceptual constaba en la *Circular n.º 3.461*, de 24 de julio de 2009.

<sup>572</sup> GARCÍA SALVADO, María José. “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, año 2003, pp. 107 y ss.

actúan como en las funciones catalogadas en la tabla siguiente (art. 27, § 2º)<sup>573</sup>.

**Tabla 8 – Grupo central de PEPs Extranjeras (Brasil)**

| Las PEPs (Extranjeras) por función central |                     |  |
|--|---------------------|--|
| Ámbito                                     | Ubicación           | Posición Funcional   |
| Central<br>(en el exterior)                | Poder Ejecutivo     | - Jefes de Estado<br>- Jefes de Gobierno<br>- Cargos de la cúpula gubernamental<br>(«escalões superiores»)<br>- «Oficiais-Generais»<br>(cúpula de las Fuerzas Armadas)<br>- Ejecutivos de empresas públicas<br>(«escalões superiores») |
|  | Poder Judicial      | - Miembros de la cúpula del Poder Judicial<br>(«escalões superiores»)  |
|  | Político-partidario | - Políticos de «escalões superiores».<br>- Dirigentes de partidos políticos  |

**Fuente:** Elaboración propia.

Aunque ese catálogo contemple funciones aparentemente conocidas, merece la pena destacar la *indeterminación* de una expresión clave para el contenido de algunas de ellas. Me refiero a la expresión genérica «escalões superiores», que es el equivalente funcional de «alto cargo» en la lengua portuguesa. Desde un punto de vista operativo, tal indefinición fomenta la aparición de *dudas* y de «*candidatos neutrales*»: situación que no posibilita afirmar de forma tajante si determinadas personas quedan comprendidas –o no– en la condición de riesgo de las PEPs. Así pues,

<sup>573</sup> En atención a las premisas metodológicas presentadas en los prolegómenos de esta investigación doctoral, se mantendrán las remisiones literales a la legislación brasileña en idioma portugués.

es probable que sea menor la probabilidad de determinación de la condición de riesgo de quienes deberían ser alcanzados por los campos semánticos de «*políticos de escalões superiores*», «*ocupantes de cargos governamentais de escalões superiores*», «*oficiais-generais e membros de escalões superiores do Poder Judiciário*» y «*executivos de escalões superiores de empresas públicas*».

Por otro lado, tal indeterminación también permite que, en las dinámicas de diligencia bancaria, surjan discrepancias interpretativas, y posibilidades «no constatación selectiva» *voluntaria*<sup>574</sup> (a causa del interés bancario en no perder el cliente) o *negociada* (a causa del interés del cliente no desea ser etiquetado como una PEP) de la condición de riesgo de personas que deberían ser consideradas como PEPs<sup>575</sup>.

Aún en el *primer grupo* (central), se han especificado las funciones correspondientes a las *PEPs con actuación federal*. Antes de especificarlas, hace falta una aclaración. Brasil, a diferencia de España, adopta la *forma federativa de Estado*. En particular, el diseño normativo de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 (en adelante, «CRFB») ha conformado el denominado «federalismo cooperativo»<sup>576</sup>.

La base de ese modelo organizativo-funcional descentralizado está en dos factores. De un lado, la CRFB ha definido (en los artículos 23 y 24) grupos de competencias comunes y concurrentes para asuntos

---

<sup>574</sup> En cuanto a ello, sigo la aproximación de Baratta sobre los procesos de aplicación (y no aplicación) selectivos de reglas, *cf.* BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico penal*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1989, p. 172 y ss.

<sup>575</sup> *Cfr.* FRIEDRICH, David. *Trusted Criminals: White Collar Crime in Contemporary Society*. Belmont: Thomson Wadsworth, 2010, p. 236.

<sup>576</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal*. São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 43-48.

cuya realización demanda la cooperación de municipios (ámbito municipal), Estados (ámbito regional) y Unión (ámbito central). Del otro, las tomadas por la decisión pública pasan por *dos niveles*.

Según destaca TAVARES<sup>577</sup>, en un *primer nivel* (federal y centralizado) la Unión determina el eje que va a uniformizar la acción de los poderes y órganos competentes en las esferas estadual y municipal. En un *segundo nivel*, (estadual o municipal y descentralizado) el miembro de la federación tiene (i) *discrecionalidad* para adaptar a su realidad la configuración de la decisión tomada en el ámbito federal (central) y (ii) *autonomía* para ejecutarla a la luz de sus necesidades.

Siendo esto así, la configuración federativa adoptada en Brasil atribuye el «autoridad decisional» amplio a las PEPs ubicadas en cada uno de estos ámbitos, y eso no se refleja, apenas, en la elaboración e implementación políticas públicas. Más allá de ello, el punto más sensible de tal dinámica está en la financiación de tales acciones. Ello porque –en ese modelo– la financiación de las políticas públicas se basa en el solapamiento de recursos *federales, estaduais y municipales*. Por consiguiente, el número de ejercientes de funciones públicas con autoridad decisional destacada es mucho mayor: factor que incrementa el número de potenciales PEPs en cada una de estas esferas de la federación. Dicho eso, procedo a catalogar en las tres tablas siguientes las funciones que, en los términos de la *Circular n.º. 3.978/2020*, exponen sus ejercientes a la condición de riesgo de las PEPs (art. 27, § 1º).

---

<sup>577</sup> TAVARES, Alessandra Schettino. *O perfil do federalismo cooperativo no Brasil*. Brasília: CEFOR, 2009, pp. 20-21.

**Tabla 9 – Grupo central de PEPs por función (Brasil)**

| Las PEPs por función federal |   |  |
|------------------------------|---|--|
| Ámbito                       | Ubicación                                     | Posición Funcional   |
| Central<br>(Federal)         | <b>Poder Legislativo</b>                      | - Diputado Federal;<br>- Senador de la República.  |
|                              | <b>Poder Ejecutivo</b>                        | - Ministro de Estado (o equiparado);<br>- «Naturaleza especial o equivalente»;<br>- Presidente, vicepresidente y director (o equivalente) de entidades de la administración pública indirecta (e.g., fundaciones públicas, sociedades de economía mixta, autarquías, empresas públicas);<br>- «Grupo <i>Direção e Assessoramento Superiores</i> (DAS), nivel 6, o equivalente» («altos cargos» que conforman las <i>extensões funcionales de la cúpula del gobierno</i> ). |
|                              | <b>Poder Judicial</b>                         | - Miembros del <i>Conselho Nacional de Justiça</i> , del Supremo Tribunal Federal; de los <i>Tribunais Superiores</i> ; de los <i>Tribunais Regionais Federais</i> ; <i>Tribunais Regionais do Trabalho</i> ; <i>Tribunais Regionais Eleitorais</i> ; del <i>Conselho Superior da Justiça do Trabalho</i> , y del <i>Conselho da Justiça Federal</i> .   |
|                              | <b>Ministerio Público da União (Autónomo)</b> | - Miembros del <i>Conselho Nacional do Ministério Público</i> ;<br>- <i>Procurador-Geral da República</i> (Fiscal General) y el <i>Vice-Procurador-Geral da República</i> (Vice Fiscal General);<br>- <i>Procurador-Geral do Trabalho</i> ;<br>- <i>Procurador-Geral da Justiça Militar</i> ,<br>Subprocuradores-Gerais da República;<br>- <i>Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal</i> .   |
|                              | <b>Autónomo</b>                               | - Miembros del <i>Tribunal de Contas da União</i> , el <i>Procurador-Geral</i> y los <i>Subprocuradores-Gerais</i> del <i>Ministério Público</i> junto al <i>Tribunal de Contas da União</i> .   |
|                              | <b>Partidario</b>                             | - Presidentes o tesoreros nacionales (o equivalentes) de los partidos políticos <sup>578</sup> .   |

**Fuente:** Elaboración propia.

Por otro lado, en los niveles *estadual*, *distrital* y *municipal*, el legislador ha adoptado la *técnica de simetría*, es decir, la condición de PEP ha sido

<sup>578</sup> Esa ha sido una innovación de la circular, ya que, hasta el 30 de septiembre de 2020 tales funciones no eran consideradas como PEP.

asignada a todas las funciones que corresponden, en cada uno de estos ámbitos, a la configuración de poder del nivel federal. La causa de ello es que, a la luz del pacto *federalismo cooperativo*, la autoridad y el poder decisonal de las *PEPs por función* reverberan con intensidad por los microcosmos de cada ámbito de la federación.

**Tabla 10 – Grupo regional de PEPs (Brasil)**

| Las PEPs por función estadual o distrital |                          |  |
|---|--------------------------|--|
| Ámbito                                    | Ubicación                | Posición Funcional   |
| Regional<br>(Estadual y Distrital)        | <b>Poder Ejecutivo</b>   | - Gobernador de Estado y del Distrito Federal;<br>- Secretarios de Estado y del Distrito Federal.  |
|   | <b>Poder Legislativo</b> | - Diputado Estadual;<br>- Diputado Distrital.  |
|   | <b>Poder Ejecutivo</b>   | - Presidentes (o posición equivalente) de entidades de la administración pública indirecta estadual y distrital (e.g., fundaciones públicas, autarquías, empresas públicas, sociedades de economía mixta). |
|   | <b>Poder Judicial</b>    | - Presidentes de los <i>Tribunais de Justiça</i> ;<br>- Presidentes de los <i>Tribunais Militares</i> .  |
|   | <b>Autónomo</b>          | - Presidentes de los <i>Tribunais de Contas</i> (o órgano equivalente) de los Estados y del Distrito Federal.  |

**Fuente:** Elaboración propia.

**Tabla 11** – Catálogo de PEPs que desempeñan funciones con poder decisional en el ámbito municipal de la federación de Brasil.

| Las PEPs por función municipal |                          |   |
|--------------------------------|--------------------------|---|
| Ámbito                         | Ubicación                | Posición Funcional  |
| Local<br>(Municipal)           | <b>Poder Ejecutivo</b>   | - <i>Prefeitos</i> <sup>579</sup> .   |
|                                | <b>Poder Legislativo</b> | - <i>Vereadores</i> <sup>580</sup> .  |
|                                | <b>Poder Ejecutivo</b>   | - Secretarios municipales.  |
| Local<br>(Municipal)           | <b>Poder Ejecutivo</b>   | - Presidentes (o función equivalente) de entidades de la administración pública indirecta ( <i>e.g.</i> fundaciones públicas, autarquías, empresas públicas, sociedades de economía mixta). |
|                                | <b>Autónomo</b>          | - Presidentes de los <i>Tribunais de Contas</i> (o órgano equivalente) de los Municipios.   |

**Fuente:** elaboración propia.

## 4.1 Las Restricciones y extensiones

Pese a las particularidades de cada regulación, he identificado algunas similitudes relativas a *restricciones* y *extensiones* del concepto “juridificado”. La primera de está relacionada con la *duración de la condición de riesgo*. ¿Una vez PEPs, PEPs para siempre? En ese punto,

<sup>579</sup> La unidad lingüística “*prefeitos*” designa a los jefes del poder ejecutivo municipal, función equivalente al alcalde.

<sup>580</sup> La unidad lingüística “*vereadores*” designa los ejercientes de funciones legislativas a local, y equivale a la función del concejal.

España y Brasil –siguiendo la estandarización global<sup>581</sup>– han optado por la *temporalidad de la condición de riesgo* de las PEPs.

En ambos países, se ha establecido que la condición de riesgo de las PEPs no corresponde al período de efectivo ejercicio de la «función pública». Más allá de ello, se ha incluido un *plus* que extiende tal “estatus” por un *período póstumo*: medida que, en las palabras de BLANCO CORDERO<sup>582</sup>, significan un “período de enfriamiento”. Vamos a ver.

En la legislación española, esta delimitación consta del *art. 14.9 de la Ley 10/2010*, que determina que –para el fin de prevención– la condición de PRP debe ser extendida a lo largo de los *dos años posteriores* al término del ejercicio de la «función pública». Pasado este período, el banco está obligado a sujetar la “PRP egresada” (cliente) a la diligencia que corresponda a su actual riesgo. La legislación brasileña, a su vez, ha sido más conservadora. El nuevo §5º del *art. 27 de la Circular nº 3.978/2020* ha adoptado un período de extensión bastante superior: la condición de PEP perdura por los *cinco años siguientes* a la fecha en que la persona haya dejado de ejercer la «función pública».

---

<sup>581</sup> En la misma línea, y siguiendo al GAFI, el artículo 2.4 de la *Directiva 2006/70/CE*, que estableció las disposiciones de aplicación de la «tercera directiva» (*Directiva 2005/60/CE*) en lo relativo a la definición de las PEPs, y el artículo 22 de la «cuarta directiva» (*Directiva UE 2015/849*).

<sup>582</sup>BLANCO CORDERO, Isidoro. “Las personas expuestas políticamente (PEP). Riesgo de blanqueo para los sujetos obligados”. In: DE CARLI, Carla Veríssimo; *et al. Lavagem de capitais e sistema penal. Contribuições hispano-brasileiras a questões controversas*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 54.

Ambas regulaciones han fijado un plazo superior al *mínimo previsto* por el marco europeo. En ese punto, tanto la *Directiva 2006/70/CE*, que estableció las disposiciones de aplicación de la «*tercera directiva*» en lo relativo a la definición de las PEPs (art. 2.4), como la «*cuarta directiva*» (art. 22), han fijado que la condición de riesgo de las PEPs debe extenderse por el mínimo de *doce meses* posteriores al fin del ejercicio de la función pública.

A decir verdad, en muchos casos tal plazo nunca es iniciado, ya que – como bien subraya DÍEZ PICAZO<sup>583</sup> – las personas que forman parte de la «clase política» nunca salen de la escena de las organizaciones públicas, pues la política es su ocupación principal<sup>584</sup>. Aún así, surge una duda. A la luz del «enfoque basado en el riesgo», ¿es adecuado prescribir *ex ante* un marco temporal fijo para que los bancos desconsideren el «riesgo alto» de una “PEP egresada”?

Por fuerza del análisis que ha sido expuesto en la *Parte I* de esta investigación, me parece que tanto el *bienio* español, como el *quinquenio* brasileño, no son opciones legislativas adecuadas<sup>585</sup>. La razón de ello, en mi opinión, es que el decurso del tiempo no es un factor de extinción, sino de *transformación de la condición de riesgo* de las “PEPs egresadas” de una función pública. Ello porque, aunque tales personas ya no estén investidas de *autoridad decisional*, ellas pueden –*por su*

---

<sup>583</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica, 2000, pp. 1-2.

<sup>584</sup> *Ibidem*.

<sup>585</sup> En el caso de Reino Unido, este período es aún menor. La *Regulation 35 (9)* de la “The Money Laundering, Terrorist and Transfer of Funds” (2017), siguiendo al marco europeo, extiende la condición de riesgo de la PEP por apenas 12 meses tras la finalización del ejercicio de la función pública. Cuanto a los familiares (PEP por relación), la interrupción del refuerzo de diligencia debe ser inmediata.

*trayectoria organizacional y por lazos de deferential trust*<sup>586</sup> – influenciar quienes deciden: condición que es propia de las *PEP por relación* (modalidad impropia de riesgo)<sup>587</sup>.

Con ello, no estoy fomentando la “eternización” de tal condición de riesgo. Lo que defiendo es que, con el fin de la autoridad para ejercer la «función pública», la normativa debería obligar al banco a sujetar las “PEPs egresadas” (clientes) a una adecuada evaluación, monitoreo y revisión del riesgo que se le ha asignado. Y eso no lo digo yo, lo dice el método del «enfoque basado en el riesgo»<sup>588</sup>.

Esa lógica del *bienio* o *quinquenio* (pre)determinados por la ley con total desconexión con el conocimiento sobre actual «perfil de riesgo» de quien ha dejado de ejercer la función es equívoco<sup>589</sup>. Por ello, el *refuerzo* o la *normalidad* de las medidas de diligencia aplicadas a las “PEPs egresadas” debe referirse al riesgo que ha sido mensurado y revisado *ex post* por el banco.

Otra similitud *restrictiva* entre las regulaciones de España y Brasil es que sus respectivos conceptos de PRPs y PEPs están enfocados

---

<sup>586</sup> *Ibidem*.

<sup>587</sup> En ese caso, aunque la “ex PEP” no esté formalmente vinculada a la organización que le ha conferido el «poder decisional», su conocimiento acerca de la dinámica funcional de la entidad acaba por atribuirle la capacidad de ejercer influencia sobre los decisores de jerarquías alta e intermedia que han permanecido en sus cuadros.

<sup>588</sup> Sobre la dinámica del enfoque basado en el riesgo como realidad necesaria a los bancos, *cf.*: SCHOONER, Heidi Mandanis; TAYLOR, Michael. *Global bank regulation: principles and policies*. Burlington: Academic Press, 2010, p. 230.

<sup>589</sup> En ese sentido parece haber ido la modificación concretada por el art. 2.9 del Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, en donde consta que, superado el bienio, “el sujeto obligado aplicará medidas de diligencia debidamente adecuadas, en función del riesgo que pudiera seguir presentado el cliente, y hasta tanto se determine por el sujeto obligado que ya no representa un riesgo específico derivado de su antigua condición de persona con responsabilidad pública”.

únicamente en las «funciones públicas» de *rango alto*<sup>590</sup>. Aquí, hay una clara manifestación del fenómeno de la *regulatory repeater*, ya que la exclusión de las funciones de *middle ranking* del concepto de PEPs ha sido (i) estandarizada por el GAFI, (ii) repetida en el marco del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa (Directiva UE 2015/849)<sup>591</sup> y finalmente (iii) transpuesta al orden jurídico nacional (cadena de jurídicación).

En mi opinión, esa opción regulatoria está equivocada. La razón de ello es que, conforme he destacado anteriormente en los *capítulos tercero y quinto*, la *sensibilidad desviacional* para la «corrupción» no existe apenas para quien *toma la decisión*, es decir, la *PEP por función* que posee el *poder decisional directo*. Más allá de ello, las personas que *pueden influenciar la toma de decisión* desde fuera de la cúpula de una organización pública también están expuestas al riesgo de captura económica (ativa o pasiva), ya que, de alguna manera, ellas ejercen un *poder decisional indirecto* sobre el titular de la función (principalmente cuando existe un lazo de *deferential trust*)<sup>592</sup>.

Al repetir la configuración restrictiva que el GAFI ha establecido para el campo semántico de las PEPs, España y Brasil han regulado conceptos que no alcanzan a las personas que *—desde el nivel intermedio de*

---

<sup>590</sup> Al respecto, el artículo 14.1 de la Ley 10/2010 ha sido enfático al fijar que: “Ninguna de las categorías previstas [de PRP] en los apartados anteriores incluirá empleados públicos de niveles intermedios o inferiores”. En el caso de Brasil, esa misma conclusión subyace del catálogo *numerus clausus* que consta del art. 27 de la Circular n° 3.978/2020.

<sup>591</sup> En particular, la Directiva (UE) 2015/849, o «cuarta directiva», en el art. 3.9, *in fine*, afirma que ninguna de las funciones públicas catalogadas en las letras “a” a “h” de este dispositivo comprenderá funcionarios de niveles *intermedios o inferiores*.

<sup>592</sup> FLANNIGAN, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, 1989, p. 287.

*una organización pública*— pueden jugar un papel fundamental en la infracción de la normatividad fiduciaria (normas profilácticas), y en la consecuente frustración de los *obligatory purposes* de una organización pública<sup>593</sup>. Pese a que a tales funcionarios no reúnan las cualidades propias del cargo público relevante, ellos pueden (i) *facilitar e influenciar* una decisión clave en el puzzle de la «corrupción política», y la vez, (ii) *protagonizar* prácticas de «corrupción administrativa» (*modalidad impropia de exposición política al riesgo personal de doble cara*)<sup>594</sup>.

Así pues, tal restricción es un punto débil de ambas leyes. Ello porque, bajo esa restricción, se está ignorando (o tolerando) la subsistencia de algunos *círculos de riesgo* que han sido excluidos de sus conceptos, y que, por ello, blindan un grupo de *candidatos neutrales* para la “bancaización” vinculados a procesos de corrupción.

Por otro lado, ambos países han añadido *cláusulas de extensión* para que los conceptos regulados alcancen a personas que, pese a no pertenecer a la estructura formal de la «organización pública», están vinculadas directamente a la PEP (o PRP). Es decir: aquí los legisladores se refieren a grupos de personas que —en los términos de los que se ha planteado en la *Parte I* de esta investigación— están inmersas en la

---

<sup>593</sup> A la luz del análisis anterior, ello puede suceder por tres vías. *Primera*: influenciando el *desvío decisional* de la PEP por función a causa de «soborno», es decir, la *captura económica externa (activa o pasiva)* de su actuar. *Segunda*: actuando como instrumento para el recibimiento formal de «sobornos» que su superior (la PEP por función) recibe a cambio de la manipulación decisional. *Tercera*: protagonizando procesos de «corrupción» que fluyen en el sentido *bottom-up*. En particular, por medio de una *colusión interna* basada en el reparto de los «sobornos» recibidos con las PEPs que ocupan posiciones de cúpula (instala un *sistema informal de lealtades verticales*). Al respecto, cfr. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie. *Corruption and government*, 2a. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 37.

<sup>594</sup> En la tipología propuesta en el *capítulo tercero*, tal condición de riesgo corresponde a las PEP *por relación intraorganizacional*.

*modalidad impropia* del riesgo de blanqueo de capitales recibidos a título de «soborno», y por ello, deben ser consideradas como *PEP por relación extraorganizacional*.

Conforme lo subrayado anteriormente, el campo semántico del concepto de «familia» es de difícil determinación, ya que la percepción de quienes forman parte del núcleo familiar se transforma de acuerdo con el «zeitgeist» de cada sociedad. Sin embargo, el artículo 14.6 de la Ley 10/2010, extiende, en España, la mencionada condición de riesgo a los «familiares» y «allegados» de las PRPs. En particular, tal extensión alcanza al siguiente grupo de personas: (i) *cónyuge* o la *persona ligada de forma estable por análoga relación de afectividad*; (ii) *padres*, (iii) *hijos*, y (iv) los *cónyuges* o *personas ligadas a los hijos de forma estable por análoga relación de afectividad*<sup>595</sup>.

La regulación de Brasil sigue la misma línea de España, pero incluye un número mayor de personas en esta extensión. En particular, el art. 19, § 1º, “P” de la *Circular nº 3.978/2020* ha englobado en la condición de «familiar» a (i) los parientes hasta el segundo grado en línea recta ascendiente (*abuelos y padres*), descendiente (*hijos y nietos*), y colateral (hermanos); (ii) el «cónyuge» o «*companheiro*»; (iii) «entelado»; (iv) suegro; (v) yerno y nuera, y (vi) cuñado(a)<sup>596</sup>.

---

<sup>595</sup> En cuanto a ello, vale la pena destacar que, en el marco de prevención del blanqueo de capitales, la mención a la “*afectividad*” como un elemento expreso del núcleo de certidumbre del concepto de familia sido una innovación de la normativa española. Eso no ha pasado con las Directivas 2006/70/CE (art. 2.2) y (UE) 2015/849 (art. 3.10), que se refieren a «personas asimilables».

<sup>596</sup> Eso es lo que subyace de la interpretación lógico-sistemática del art. 19, § 1º, “P” de la *Circular nº 3.978/2020* a la luz del artículo 225 de la *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1998, y de los artículos 1.591 a 1.595 del Código Civil brasileño

**Tabla 12** – Catálogo de personas alcanzadas por las cláusulas de extensión de los conceptos de «PRP» y de «PEP»

| Alcance del concepto de «familia» para el fin de control preventivo   |  |
|---|--|
| España<br><i>Ley 10/2010</i><br>(art. 14.6)   | Brasil<br><i>Circular nº 3.978/2020</i><br>(art. 19, § 1º, “I”)  |
| Posición familiar frente a la «PRP»   | Posición familiar frente a la «PEP»  |
| <b>Vínculo consanguíneo</b>   |  |
| 1. Padres;<br>2. Hijos;   | 1. Abuelos;<br>2. Padres;<br>3. Hijo(a)s;<br>4. Nieto(a)s;<br>5. Hermano(a)s.  |
| <b>Vínculo matrimonial</b>  |  |
| 3. Cónyuge de la «PRP»;   | 6. Cónyuge de la «PEP».  |
| <b>Vínculo afectivo</b>   |  |
| 4. Persona <i>ligada de forma estable a la «PRP»</i> por relación de afectividad análoga a la de cónyuge;<br>5. Cónyuge de hijo(a) de la «PRP»;<br>6. Persona <i>ligada a hijo(a) de la «PRP»</i> de forma estable por relación de afectividad análoga a la de cónyuge. | 7. «Companheiro» (pareja de hecho);<br>8. «Enteado» (hijastro);<br>9. Suegros;<br>10. Yerno y Nuera;<br>11. Cuñado(a). |

**Fuente:** elaboración propia.

La etiqueta «allegado», a su vez, corresponde a la designación española para los *close associates*. Este grupo de personas ya había sido mencionado de modo abstracto en la «Política del BCBS» (*punto 41*), en la «Recomendaciones» del GAFI (*R.12*), en la CNUCC (*art. 52*), y en la *Tercera Directiva* (*art. 3.8*). Sin embargo, la primera especificación de quienes efectivamente están en tal condición ha aparecido apenas

---

de 2002. En conjunto, estos son los paradigmas legales del tratamiento interno de la condición de familiar.

en la Directiva 2005/60/CE (art. 2.3)<sup>597</sup>, y su contenido fue posteriormente perfeccionado en la Cuarta Directiva (art. 3.11)<sup>598</sup>.

Aquí, se nota, otra vez, el fenómeno de la *regulatory repeater*, ya que España ha reproducido en el art. 14.6, *in fine*, de la Ley 10/2010 la configuración adoptada en las mencionadas directivas. En particular, el catálogo español de «allegados» alcanza a aquellas personas físicas que sea notorio que (i) ostentan la «titularidad» o el «control» de *instrumento*<sup>599</sup> o *persona jurídica* en conjunto con una PRP; (ii) mantengan otro tipo de relaciones empresariales estrechas con la PRP, o (iii) sean las únicas a ostentar la «titularidad» o el «control» de un *instrumento* o *persona jurídica* que –*notoriamente*– se haya constituido en beneficio de la PRP<sup>600</sup>.

---

<sup>597</sup> En particular, el art. 2.3 de la Directiva 2005/60/CE considera como *close associates* a toda persona física que (i) “sea notorio que ostente la propiedad económica de una entidad u otra estructura jurídicas juntamente con alguna” PEP; (ii) “mantenga otro tipo de relaciones empresariales estrechas con una” PEP; (iii) “ostente la propiedad económica exclusiva de una entidad u otra estructura jurídicas que notoriamente se haya constituido en beneficio” de una PEP.

<sup>598</sup> La Directiva (UE) 2015/849 hace hincapié en la figura del «titular real». Por ello, ese elemento pasó a ser reflejado en la definición de «close associates», que, en específico, alcanza a las personas que: sea notorio que comparten la *titularidad real (beneficial ownership)* de una entidad jurídica u otra estructura jurídica con alguna PEP; (ii) mantienen con una PEP cualquier otro tipo de relación empresarial estrecha; (iii) tengan la titularidad exclusiva de una entidad jurídica u otra estructura jurídica que notoriamente se haya constituido de facto en beneficio de una PEP.

<sup>599</sup> En este caso, la previsión normativa recae sobre las personas que detienen un *mandato* y *apoderamiento* de gestionar intereses privados de la PRP o PEP. O sea: finalmente, se trata de una posición fiduciaria. Sobre ello, cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial IV: las particulares relaciones obligatorias*. Madrid: Thomson Reuters Civitas, 2010. P. 367 y ss.

<sup>600</sup> En el caso de Reino Unido, la *Regulation 35(12)(c)* de la “*The Money Laundering, Terrorist and Transfer of Funds*” (2017) considera como *close associate* a las personas que se conoce: (i) que posea la titularidad real (*beneficial ownership*) de una entidad o estructura societaria con una PEP; (ii) mantenga cualquier otro tipo de relación empresarial cercana con la PEP; (iii) que esté sea la única titular real de una entidad o estructura societaria que se sabe que ha sido establecida en beneficio de una PEP.

En Brasil, el artículo 19, § 1º, II, de la Circular n° 3.978/2020 ha tratado ese asunto de manera bastante similar. La diferencia, con todo, es que el legislador brasileño ha adoptado la etiqueta “*estreito colaborador*” para identificar a *dos grupos* de personas que están en tal condición.

El *primer grupo* (art. 19, § 1º, II, “a”) está referido a las personas físicas que *sean conocidas por tener cualquier tipo de relación cercana (“estreita relação”)* con la PEP, incluyendo: (i) tener la participación conjunta en persona jurídica de derecho privado; (ii) figurar como mandataria, aunque por instrumento particular, de la PEP; (iii) tener participación conjunta en estructuras societarias sin personalidad jurídica. Por otro lado, *el segundo grupo* (art. 19, § 1º, II, “b”) comprende las personas físicas que tengan el *control* de personas jurídicas o estructuras societarias que se conoce por haber sido creadas para beneficiar a la PEP<sup>601</sup>.

Un dato importante es que, en ambos países, la constatación de la condición de *close associate* está condicionada, siempre, al *conocimiento [público]* de la relación de cercanía con la PEP. Sin embargo, tanto el *art. 14.6, in fine*, de la *Ley 10/2010*, como el artículo 19, § 1º, II, de la *Circular n° 3.978/2020* no han sido conformados como un catálogo *numerus clausus*.

En el caso de España, la mención a «otro tipo de relaciones empresariales estrechas» permite que los sectores de cumplimiento de los bancos se adapten a las nuevas estrategias societarias elaboradas para eludir la detección de la PRP que está por detrás del «allegado».

---

<sup>601</sup> Conforme destaca el GAFI, los *close associate* y familiares suelen figurar como accionistas y directores de tales sociedades. FATF-GAFI. “Transparency and beneficial ownership”, Paris, 2014, p. 6.

En Brasil, con todo, la configuración abierta del catálogo ha sido concretada de manera problemática. Aquí, el legislador se ha referido a “cualquier tipo de relación cercana” sin especificar el ámbito de esta.

Por consiguiente, pese a la existencia de un núcleo que permite –bajo análisis y contraste informacional– responder a la cuestión de si una persona está comprendida («certeza positiva») o excluída («certeza negativa») en la condición de “*estrito colaborador*”, la configuración abierta de ese fragmento del concepto fomenta la aparición de «candidatos neutrales» y de dudas: situación que «no posibilita afirmar de forma tajante si quedan comprendidos, o no dentro del concepto»<sup>602</sup>.

**Tabla 13** – Catálogo de personas consideradas en la condición de «allegadas» de una PRP o de *estrito colaborador* de una PEP.

| Alcance de los conceptos de «allegado» y <i>estrito colaborador</i> |   |  |
|---|---|--|
|   | <b>España</b><br>«allegado»<br><i>Ley 10/2010</i><br>(art. 14.6)  | <b>Brasil</b><br>«estrito colaborador»<br>Circular n° 3.978/2020<br>(art. 19, § 1°, “II”)  |
| <b>Catálogo Determinado</b>   | Personas físicas que <i>sea notorio que</i> :<br><br>(a) Ostentan la titularidad o el control de instrumento o persona jurídica <i>en conjunto con la PRP</i> .<br><br>(b) Sean las únicas a ostentar la titularidad o el control de un instrumento o | Personas físicas que <i>sean conocidas por</i> :<br><br>(a) Tener <i>participación conjunta con la PEP</i> en persona jurídica o en estructura societaria sin personalidad jurídica.<br><br>(b) <i>Figurar como mandataria de la PEP</i> . |

<sup>602</sup> GARCÍA SALVADO, María José. “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2003, pp. 107 y ss.

|                               |   |   |
|-------------------------------|---|---|
|                               | persona jurídica <i>que se haya constituido en beneficio de la PRP.</i>                           | (c) Ejercer el <i>control</i> de persona jurídica o estructura societaria que <i>creada para beneficiar a la PEP.</i> |
| <b>Catálogo Indeterminado</b> | Personas físicas que mantengan <i>otro tipo de relaciones empresariales estrechas con la PRP.</i> | Personas físicas que sean conocidas por tener <i>cualquier tipo de relación cercana con la PEP.</i>                   |

**Fuente:** Elaboración propia.

## 5. Balance

De las consideraciones efectuadas en las líneas precedentes subyace que, tanto en España, como en Brasil, la “juridificación” de campo semántico de las PEPs ha sido llevada a cabo bajo la lógica de la *regulatory repeater*, o sea: hubo mucha repetición del “estándar global”, y poca innovación local. Eso significa que, pese a la distinción entre las etiquetas “PRPs” y “PEPs”, hay una identidad estructural entre ambas regulaciones, incluso en lo que atañe a quienes no están en la condición de riesgo, como es el caso de la exclusión expresa de quienes ejercen funciones de nivel intermedio (PEPs por relación intraorganizacional).



## CAPÍTULO VII

La “juridificación” diligencia *bottom-up* de máxima intensidad

### 1. Introito

La *ratio* de la “juridificación” de la condición de riesgo de las PEPs es el direccionamiento de la aplicación –por parte del banco– del conjunto de deberes de diligencia *bottom-up* de máxima intensidad en las relaciones de negocio con las PEPs. Y en cuanto a ello, España y Brasil repiten en sus leyes nacionales la mayor parte de las directrices conformadas por el BCBS y por el GAFI.

Desde un punto de vista jurídico-formal, esto significa que –bajo a la lógica de la *regulatory repeater*– los gobiernos de ambos países han convertido en *normas de conducta* aquellos estándares que, *per se*, no poseen potestad jurídica y que, cada vez más, genera la sensación de un *Derecho global*<sup>603</sup>.

---

<sup>603</sup> Sobre ello, Domingo Osle destaca que el *Derecho global* no debe ser interpretado como un “sistema legal o un ordenamiento jurídico cerrado, pero tampoco un simple conjunto de normas más o menos vinculantes y por ende, estériles. Se trata más bien de un sistema de sistemas, de un *iuris ordorum ordo* que ha de erigirse en *ordo orbis* en la medida en que sea paulatinamente aceptado por todas las comunidades y ciudadanos del mundo. Su función es semejante a la del Sol en el sistema en que habitamos, integrado –principalmente– por planetas, pero también por billones de cuerpos celestes menores: asteroides, meteoroides, cometas, etc. Cada uno de los

Como se verá más adelante, hay pocos matices entre las regulaciones española y brasileña. El rasgo común entre ellas es que ambas han acoplado a la *política de [co]operación bancaria* un conjunto de deberes que eleva a la máxima intensidad la obligación de *conocer más* el riesgo asignado a las PEPs. La causa de ello es que, tanto en España (*Ley 10/2010*) como en Brasil (*Circular n.º 3.978/2020*), la ley señala *ex ante* que todos los tipos de PRPs y de PEPs designan un «riesgo alto» de “bancarización” y “deslocalización” de capitales ilícitos.

De ese modo, los vectores que dirigen el relacionamiento del banco con tales personas excepcionan la premisa de que, en la dinámica del «enfoque basado en el riesgo»<sup>604</sup>, la intensidad de la diligencia que se aplica a la clientela está determinada por el riesgo que ha sido asignado internamente<sup>605</sup>.

En el caso de las PRP y de las PEP, el enfoque sigue estando en el riesgo. Sin embargo, su lógica es invertida: el «riesgo alto» que se atribuye a tales personas viene dado por normas jurídicas, y su

---

planetas correspondería, en nuestro ejemplo, con una tradición jurídica, de la que dependen, a su vez, diferentes ordenamientos legales. Los principios de Derecho global vendrían a ser como el núcleo del Sol, que irradia la energía mediante reacciones termonucleares. Y la fuerza de gravedad que los atrae, la jurisdicción global, algo diferente a la que denominamos actualmente con el término jurisdicción universal. *Vid.* DOMINGO OSLE, Rafael. “¿Qué es el Derecho global? (What Is Global Law?)”. *SSRN*, enero, 2018, p. 12. Disponible en:

<sup>604</sup> En España, esa lógica consta de los artículos 7.1 y 7.2 de la *Ley 10/2010*, en la exposición de motivos del *Real Decreto-Ley 304/2014*, y en la *disposición final sexta* de la *Ley 19/2013*. En Brasil, a su vez, tal marco está en el artículo 2º, párrafo único, de la *Circular n.º 3.978/2020*.

<sup>605</sup> PIETH, Mark; AIOLFI, Gemma. “The private sector become active: the Wolfsberg process”, *Journal of Financial Crime*, Vol. 10 (4), p. 362.

calificación no cambia a causa de lo que se ha identificado y mensurado en la *operación* o *relación de negocio*. Son los legisladores –y no los bancos– quienes predeterminan la *máxima intensidad* de las medidas de diligencia que se va a aplicar. Vamos a verlas.

## 2. El deber de determinar la condición de PEP

En España, la normativa de prevención del «blanqueo de capitales» (*art. 14.5, “a” de la Ley 10/2010*)<sup>606</sup> ha tratado de la determinación de la condición de PRP por medio de *dos deberes*. El primero, de *carácter operativo*, fija que los bancos deben aplicar «procedimientos adecuados de gestión de riesgo»<sup>607</sup>, ya que esa va a ser la vía que les permitirá determinar si el «cliente» o el «titular real» (en el caso de persona jurídica) están en la condición de *PRP por función* o *una PRP por relación (familiar o allegado)*.

El segundo deber, de *carácter político-organizacional*, establece que tales procedimientos deben estar incluidos en la «política expresa de admisión de clientes» del banco<sup>608</sup>, consolidándose, así, la sistematización *ad intra* de la estrategia de identificación de las PRP.

---

<sup>606</sup> En el mismo sentido está el artículo 14.2 “a” de la Ley 19/2013.

<sup>607</sup> Anteriormente, la *Ley 10/2010* el artículo 14.3 “c” de la *Ley 10/2010* vinculaba la determinación de la condición de PRP a la adopción de «medidas razonables», especificándolas como “la revisión, de acuerdo a los factores de riesgo presentes en cada caso, de la información obtenida en el proceso de diligencia debida”. Sin embargo, esa delimitación ha sido suprimida por el Real Decreto-Ley 11/2018, que menciona apenas «procedimientos adecuados de gestión de riesgo».

<sup>608</sup> El *artículo 26.2 de la Ley 10/2010* especifica que tal política debe ser *aprobada por escrito*, y debe describir (i) los tipos de clientes que presentan un riesgo de «blanqueo de capitales» superior al promedio (como es el caso de las «PRP») y (ii) especificar las precauciones reforzadas a que cada uno de ellos estarán sujetos.

En Brasil, la *Circular n° 3.978/2020* contempla estos mismos deberes. En particular, su art. 27 obliga a los bancos a implementar *procedimientos que permitan calificar a sus clientes como una PEP*. Además de ello, el artículo 2º, inciso I, obliga los bancos a estructurar en su política *ad intra* de prevención de la «*lavagem de dinheiro*» a partir del «perfil de riesgo» de su clientela.

En ambas regulaciones, la determinación de la condición de PRP o PEP depende –esencialmente– de que el banco logre acceder a *información suficiente* para constatar y *conocer* ese factor de riesgo. En cuanto a ello, hay tres fuentes informacionales que gravitan en torno al cumplimiento bancario. La primera congrega *las bases de datos creadas y administradas por el propio Estado*.

En el caso de España, me parece importante destacar, para comenzar, que el gobierno no publica una *lista nominal* de PRP. Es verdad que el Real Decreto-Ley 11/2018 incluyó en el art. 14.2, *in fine*, de la Ley 10/2010 la previsión de que la *Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias*<sup>609</sup> publicará un listado con el tipo de

---

<sup>609</sup> La Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias es el órgano colegiado competente para la ejecución de la normativa y la política de prevención de esta práctica delictiva. Se trata de un órgano colegiado ubicado en la Secretaría de Economía y Apoyo a la Empresa, y su composición es formada por (i) el titular de esta secretaría; (ii) representantes del Ministerio Fiscal, de la Policía Nacional, de la Guardia Civil, de Aduanas, de Inspección Financiera y Tributaria, del Centro Nacional de Inteligencia, de Protección de Datos, del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y de delegados de las Comunidades Autónomas. Sus actividades son desarrolladas por medio de un Comité Permanente, del Servicio Ejecutivo de la Comisión (el «SEPBLAC»), y la Secretaría de la Comisión. Vide: Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. *La estructura de prevención del blanqueo*. Disponible en: <<https://www.tesoro.es/prevencion-del->

funciones y puestos que determinan la condición de PRPs (excluyendo a las extranjeras). Sin embargo, hasta la fecha de cierre de esta investigación doctoral tal acto no ha sido concretado.

Así las cosas, la única *f fuente estatal* de este tipo de información está concentrada en los *ficheros* creados por órganos centralizados, especialmente los que están bajo la gestión de *notarios, registradores de la propiedad, mercantiles* y de *bienes muebles*<sup>610</sup>. Desde mayo de 2014 los bancos de España pueden acceder a una «Base de Datos de Titularidad Real»<sup>611</sup>, que, hoy en día, es la principal fuente de datos identificativos de PRP por función<sup>612</sup>.

En particular, la base de datos del *Órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo de Capitales* ha identificado 25.000 PRP. Esa información se encuentra en el «Índice Único Informatizado Notarial» y en la «Base de Datos de Titular Real del Notariado», y –gracias a los cruces de datos permitidos por la tecnología informacional– se ha empezado a incluir en ellas las PRP por relación<sup>613</sup>.

---

blanqueo-y-movimiento-de-efectivo/comision-de-prevencion-del-blanqueo-de-capitales-e-infracciones-monetarias>

<sup>610</sup> En particular, ese acceso ha sido consolidado en el artículo 14 del Real Decreto-Ley 304/2014, que trata de los acuerdos relativos al acceso a la información de identificación de las PRP por función y PRP por relación. Sobre ello, *cf.* BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 270-271.

<sup>611</sup> Esa iniciativa ha sido resultado del *Acuerdo del Consejo General del Notariado*, de 24 de marzo de 2012, por el que se aprobó la creación del fichero de datos de carácter personal “Base de Datos de Titular Real”.

<sup>612</sup> En específico, eso ha sido posible por fuerza de acuerdo entre el Consejo General del Notariado, la Asociación de la Banca Española (AEB) y la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CEA). *Vid.*, BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 273.

<sup>613</sup> Consejo General del Notariado. *Prevención del Blanqueo de Capitales*. Disponible en: <<https://www.notariado.org/portal/prevencion-del-blanqueo-de-capitales>>

En Brasil, pasa una situación similar. Desde marzo de 2014 los bancos pueden acceder a un «*Cadastro de Pessoas Expostas Políticamente*» cuyo contenido y gestión está a cargo de la «*Controladoria-Geral da União*», órgano del gobierno federal que actúa como un importante *policymaker* en materia de prevención y represión de la corrupción en las organizaciones públicas de naturaleza federal<sup>614</sup>.

Esa base datos ha sido creada en el año 2012, tras una acción de la «*Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro*» (en adelante, «ENCCLA»)<sup>615</sup>, *stakeholder* que actúa en el enfrentamiento de esta práctica delictiva. Se trata de una *base datos abierta*, y que está disponible en el *Porta da Transparencia*<sup>616</sup> del gobierno federal.

Lo que he podido constatar es que, en términos operativos, es que, desde un punto de vista operativo, tal plataforma ofrece un conjunto informacional más amplio que el español. En específico los bancos

---

<sup>614</sup> La *Controladoria-Geral da União* es el órgano de control interno del gobierno federal de Brasil. Bajo su paraguas de competencia están: (i) la defensa del patrimonio público, (ii) el fomento a la transparencia de gestión, (iii) la ejecución de acciones de auditoría pública, (iv) fiscalización y enfrentamiento de la corrupción, y (v) supervisión y aconsejamiento normativo de gobierno. *Vid.*, *Controladoria-Geral da União. Institucional*. Disponible en: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/acesso-a-informacao/institucional>>.

<sup>615</sup> La ENCCLA ha sido creada por el Ministerio de Justicia de Brasil en el año 2003, y consiste en una *red órganos* de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial (a nivel federal y estatal), incluyendo el Ministerio Público, y cuyo objetivo es formular políticas públicas y soluciones destinadas al enfrentamiento de los crímenes de «corrupción» y «blanqueo de capitales». Su secretaría ejecutiva (desempeñada por el Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional, el «DRCI») forma parte de la *Secretaria Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública*. *Vid.*, ENCCLA. *Quem somos*. Disponible en: <<http://enccla.camara.leg.br/quem-somos>>

<sup>616</sup> Portal da Transparencia. *Cadastro de Pessoas Expostas Políticamente*. [Web en línea]. [Consulta: 06 feb. 2020].

pueden acceder: (i) al *número de identificación fiscal*, (ii) *nombre completo*, (iii) *sigla de la función pública desempeñada*, (iv) *descripción de la función pública desempeñada*, (v) *nivel jerárquico de la función pública*, (vi) *nombre de la organización pública*, (vii) *fecha de inicio funcional*, (viii) *fecha de fin del ejercicio funcional*, y (ix) *la fecha de “carencia”*, es decir, el período de extensión de la condición a las PEPs egresadas<sup>617</sup>.

Pese a la importancia de las bases creadas y administradas por el propio Estado, ellas poseen múltiples limitaciones. En primer lugar, su enfoque está en las *PEPs por función*, es decir: en las personas que efectivamente están investidas en el cargo público. Luego, su contenido difícilmente se aplica a las *PEPs por relación*, es decir, a los *familiares* y *allegados*. Por otro lado, la especificación de los nombres de las PEPs genera un conjunto significativo de problemas operativos.

En ese caso, el GAFI<sup>618</sup> –actor de influencia para España y Brasil– desaconseja una *base de datos global*, es decir, un catálogo único que especifique, en su terminología, las *Domestic PEPs* y *Foreign PEPs*<sup>619</sup>. Ello porque tal modelo: (i) expone el contenido de la base de datos a la rápida desactualización; (ii) demanda una gestión más costosa; (iii) genera dudas interpretativas en cuanto a las *Foreign PEPs*, ya que, en este caso, puede que el país u organización que elabora la lista determine la *función prominente* a partir de campos semánticos distintos; (iv) incrementa el riesgo de que los bancos se basen exclusivamente en tal lista para el fin de cumplimiento, ignorándose, así, a otras personas

---

<sup>617</sup> *Ibidem*.

<sup>618</sup> FATF-GAFI. FATF. “Guidance: Politically Exposed Persons” (Recommendations 12 and 22), Paris, 2013, p. 16.

<sup>619</sup> Al respecto, cfr. el análisis del *capítulo quinto*.

que están en esta condición riesgo, pero que no fueron listadas en ella<sup>620</sup>.

Debido a estos factores, es evidente que las *listas públicas* no pueden ser la única fuente informacional utilizada por los bancos, ya que su contenido no es lo suficientemente completo para determinar la condición de PRP o PEP del cliente. Precisamente por ello, los bancos utilizan dos *fuentes (adicionales) de información*. Me refiero a las *bases de datos comerciales* y *buscadores de Internet*.

El uso de las *bases de datos comerciales* es una realidad en España y Brasil. En el ámbito español, la inmersión práctica de la investigación me ha permitido constatar que las bases más utilizadas son: (i) la *Factiva's Public Figures and Associates* («FPA»)<sup>621</sup>, administrada por *Dow Jones* (Estados Unidos) y *Thomson Reuters* (Canadá), (ii) la *Refinitiv* (antigua *World-Check*), administrada por *Blackstone* (Estados Unidos)<sup>622</sup>, y (iii) el servicio de *Watchlist Screening* de la plataforma *World Compliance Online Search Tool*<sup>623</sup>, administrado por *LexisNexis Risk Solutions* (Estados Unidos).

En términos operativos, la diferencia de estas plataformas está en el alcance de sus buscadores, ya que, en regla, ellos funcionan a partir de

---

<sup>620</sup> Además de ello, un estudio de *World Bank* también desaconseja las listas con nombres de PEP a causa del riesgo de que tal información sea utilizada por partidos políticos (de la oposición y del gobierno) para ataques infundados a ejercientes de funciones públicas que figuren en ellas. *Vid.*, GRAY, Theodore; *et al. Politically Exposed Persons: preventive measures for the banking sector*. Washington: Banco Mundial, 2012, p. 35.

<sup>621</sup> Dow Jones-Reuters. *Factiva Public Figures & Associates*. [Web en línea]. [Consulta: 10 oct. 2020].

<sup>622</sup> Refinitiv. *Politically Exposed Persons (PEP), Relatives and Close Associates (RCAs)*. [Web en línea]. [Consulta: 10 oct. 2020].

<sup>623</sup> LexisNexis. *One-stop Sanctions, PEPs and Adverse Media solution*. [Web en línea]. [Consulta: 10 oct. 2020].

algoritmos operados por sofisticados mecanismos de inteligencia artificial referidos a la lógica *big data*<sup>624</sup>. Esto permite no solo la actualización continua de la información, sino también el almacenamiento de una mayor cantidad de datos.

Pese a ello, el propio GAFI<sup>625</sup> pone énfasis en *seis debilidades* que impiden el *uso aislado* de una base comercial para determinar la condición de PEPs/PRPs, en los términos exigidos por la *Ley 10/2010* y por la *Circular n° 3.978/2020*. Son ellas:

1. Esa fuente incrementa el riesgo de que los bancos asuman, imprudentemente, que la presencia o ausencia del nombre de la persona ya es un dato lo suficiente para determinar si ella está –o no– en la condición de PEP/PRP;
2. Los resultados de la base comercial no son totalmente fiables, ya que sus buscadores simplemente recolectan la información que está disponible en Internet, sin un filtro que permita la averiguación de su *calidad*<sup>626</sup>;
3. Los algoritmos de las bases comerciales no captan, de inmediato, los cambios diarios de posición funcional que ocurren en todos

---

<sup>624</sup> Sobre ello, *cfr.* MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Big data: la revolución de los datos masivos*. Madrid: Turner, 2013.

<sup>625</sup> FATF-GAFI. FATF. “Guidance: Politically Exposed Persons” (Recommendations 12 and 22), Paris, 2013, p. 15.

<sup>626</sup> En el mismo sentido, *cfr.* BLANCO CORDERO, Isidoro. “Las personas expuestas políticamente (PEP). Riesgo de blanqueo para los sujetos obligados”. In: DE CARLI, Carla Veríssimo; *et al.* *Lavagem de capitais e sistema penal. Contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. pp. 63-68.

los países del mundo, lo que, en efecto, pone en relieve el permanente riesgo de desactualización;

4. La definición de PEPs/PRPs utilizada por los programadores de las bases de datos no siempre está alineada con la definición adoptada por determinados países, y en veces, desconsideran funciones propias de algunas «organizaciones internacionales»;
5. Los bancos pueden no comprender *los parámetros* que la base de datos utiliza y *las incapacidades técnicas* que ellas posean (*e.g.* la no detección de determinados nombres o la exclusión *ex ante* de determinadas *PEPs por relación*);
6. La recolección de nombres incompletos, o con errores ortográficos, perjudica el contraste entre la información de la base de datos comercial y la información del cliente del banco, surgiendo, así, *falsos positivos* que exigen el uso de recursos adicionales para el encuentro de la *coincidencia verdadera*<sup>627</sup>.

Por estos factores, los bancos deben recorrer a una tercera *f fuente de información*: el análisis basado en *búsquedas por Internet*, ya que –a la luz del marco internacional<sup>628</sup>– esta vía puede revelar información útil sobre la PEPs. En cuanto a ello, la inmersión práctica de la presente investigación me ha permitido corroborar la importancia de ello. Al fin y al cabo, son las publicaciones accedidas por medio de *Google* (Estados Unidos), *Bing* (Estados Unidos) y *Yahoo* (Estados Unidos)

---

<sup>627</sup> FATF-GAFL. FATF. “Guidance: Politically Exposed Persons” (Recommendations 12 and 22), Paris, 2013, p. 15.

<sup>628</sup> *Ibidem*, p. 21.

que ofrecen los detalles y las evidencias que no constan de la base de datos comercial y que son necesarias para corroborar la determinación de la condición de PRP o PEP. Y ello, *per se*, es preocupante, pues no siempre el banco puede conocer toda la cadena de fuentes que ha pulido el dato obtenido para el cumplimiento de la diligencia debida surgiendo otro riesgo: el (in)cumplimiento de los límites fijados por la normativa de protección de datos a causa del cumplimiento de la normativa de prevención del blanqueo de capitales.

### **3. El deber de determinar el origen del «patrimonio» y de los «fondos»**

En España, el *artículo 14.5, “c”*, de la *Ley 10/2010* sigue la misma configuración de la «R.12» del GAFI. Su tenor obliga a los bancos a adoptar *medidas adecuadas* a fin de determinar el origen del *patrimonio* y de los *fondos* de la PRP que solicite una relación de negocio<sup>629</sup>. En Brasil, el legislador ha adoptado una fórmula regulatoria distinta, pero que, finalmente, conforma una obligación bastante similar<sup>630</sup>.

En particular, la *Circular n° 3.978/2020* obliga a los bancos a obtener información que les permita evaluar la *capacidad financiera* de las PEPs (cliente), incluyendo los datos inherentes (i) a la *renta* y (ii) a la

---

<sup>629</sup> En ese punto, vale destacar que se trata de un *refuerzo*, ya que –en la misma ley– el legislador ya prevé tal obligación en el marco de la diligencia normal (art. 6°).

<sup>630</sup> Sobre ello, Gray *et al.* ponen de relieve que, pese a la importancia de establecer el origen de la riqueza y de los fondos de las PEP, no todos los países adoptan una legislación que obliga a los bancos a obtener tal información. Además de ello, en algunos casos la confusión entre *riqueza* y *fondo* perjudica su cumplimiento. Cfr. THEODORE, Gray; *et al. Politically Exposed Persons: preventive measures for the banking sector*. Washington: Banco Mundial, 2012, p. 51.

*facturación* de la empresa que ellas controlen, si es el caso (artículo 18, §1º). Además de ello, también se ha regulado la obligación de determinar el origen de los *fondos* (artículo 34, inciso III) cuando la relación de negocio o la operación solicitada por la PEP involucra la bancarización de *quantum* de dinero en efectivo superior al umbral de R\$50.000,00 (cincuenta mil reales).

En efecto, la normativa de Brasil adopta una configuración obligacional menos estricta que la de España, ya que en ella no existe una distinción expresa entre el *patrimonio* y los *fondos* que deben ser determinados. Tales conceptos, conforme lo expuesto en el *capítulo quinto*, son distintos<sup>631</sup>. Aún así, resulta evidente que –desde un punto de vista normativo– ambos países obligan a los bancos a obtener «información substantiva» para la realización del *juicio retrospectivo* que aclare *de dónde viene el dinero*.

Este es un aspecto de gran importancia, pues –más allá de la aclaración de la procedencia de los activos que van a ser bancarizados– tal configuración normativa obliga a los bancos a conocer el núcleo informacional que les permitirá: (i) *determinar* el «perfil económico-patrimonial» de la PRP o PEP (*con énfasis en el volumen de la riqueza y en los factores que podrán incrementarla o disminuirla*), y (ii) *concluir* si la dinámica de una operación, situación o relación de negocio solicitada está –o no– adecuada a lo que se ha perfilado.

---

<sup>631</sup> Conforme se ha destacado anteriormente: la palabra «*fondos*» designa los activos que son objeto de la relación de negocio entre la PEP o PRP y el Banco, y «*riqueza*», a su vez, se refiere a todos los activos económico-patrimoniales del cliente. *Vid.*, FATF-GAFI. “Guidance: Politically Exposed Persons” (Recommendations 12 and 22), Paris, 2013, p. 20. En el mismo sentido, THEODORE, Gray; et al. *Politically Exposed Persons: preventive measures for the banking sector*. Washington: Banco Mundial, 2012, p. 51.

Por cierto, esa es una obligación de *máxima intensidad*, y su cumplimiento demanda un mayor esfuerzo del banco. Sin embargo, conforme he comentado anteriormente, el hecho de que las PEPs –en regla– se relacionen con los bancos a partir de los servicios de *private banking* y *wealth management* significa una interacción basada en la cercanía y en el amplio control y conocimiento de la documentación que contiene tales datos.

Aún así, el «deber de informarse» no se satisface con el análisis de exclusivo de los datos ofrecidos por el cliente. Más allá de eso, el marco de las *buenas prácticas* del GAFI<sup>632</sup> –reconocido por España y Brasil– subraya que estos datos deben ser contrastados con la información disponible en *bases de datos públicas* (como registros mercantiles, registros de propiedad, registros de activos, registros de titularidad real), y el historial de transacciones de las PRP o PEP que ya sean clientes. En ese punto, vale la pena destacar que los dos países poseen (i) *portales de transparencia* que permiten que los bancos averigüen los valores cobrados por todas las personas que están en la condición de PRP o PEP *por función*, y (ii) *sistemas de declaración obligatoria de bienes y renta*.

En España, por ejemplo, la *Ley Orgánica 5/1985* (artículo 160) obliga a los Diputados<sup>633</sup> y Senadores<sup>634</sup> a formular declaración de actividades

---

<sup>632</sup> FATF-GAFI. “Guidance: Politically Exposed Persons” (Recommendations 12 and 22), Paris, 2013, p. 21

<sup>633</sup> El Congreso de los Diputados de España posee un portal que permite acceder a la declaración de bienes y rentas de cada diputado y diputada. *Vid.*, <<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas>>. Pasa lo mismo en las Comunidades Autónomas.

que les proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos, así como de sus bienes patrimoniales. Y esta información es pública. En el mismo sentido, la *Ley 3/2015* extiende tal deber a quienes ejercen funciones de *alto cargo* en la Administración General del Estado (artículos 16 y 17)<sup>635</sup>.

En Brasil, la *Lei nº 8.730/1993* establece la obligatoriedad de *declaración de bienes y renta* a quienes ejercen cargos, empleos y funciones en los poderes ejecutivo<sup>636</sup>, legislativo<sup>637</sup> y judicial<sup>638</sup> (artículo 1º), y el acceso a tales datos también está permitido a los bancos. El problema radica, aquí, en la información inherente a los bienes y la renta de las PRPs o PEPs extranjeras (por relación y por función). En ese caso, tiene razón el GAFI en recomendar que los bancos no utilicen *bases de datos públicas* (como registros mercantiles, registros de propiedad, registros de activos, registros de titularidad real). Ello porque, muchas veces, las informaciones sobre tales personas están disponibles apenas en publicaciones de páginas de *Internet* y en las *redes sociales*, siendo estes

---

<sup>634</sup> El Senado de España posee un portal que permite acceder a la declaración de actividades, de renta y de bienes de cada senador y senadora. *Vid.*, <<https://www.senado.es/web/composicionorganizacion/senadores/declaracionbienesactividades/index.html>>

<sup>635</sup> En el ámbito del poder judicial de España, los datos sobre retribuciones y declaraciones de bienes de altos cargos pueden ser accedidos desde el portal <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Actividad-Economico-Financiera/Altos-Cargos--Retribuciones--declaraciones-de-bienes-y-gastos-de-desplazamiento/>>

<sup>636</sup> En ámbito del ejecutivo federal, tales datos pueden ser consultados en el portal <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>

<sup>637</sup> La *Câmara dos Deputados* permite el acceso a la remuneración de los diputados federales a través del portal <<https://www2.camara.leg.br/transpnet/consulta>>. En el mismo sentido, la base del *Senado Federal* consta del portal: <<https://www25.senado.leg.br/web/transparencia/sen/>>

<sup>638</sup> Los datos sobre la remuneración de los miembros del Poder Judicial pueden ser consultados a través del portal <<https://www.cnj.jus.br/transparencia-cnj/remuneracao-dos-magistrados/pagina-de-remuneracao-nos-sites-dos-tribunais/>>

los únicos medios capaces de «revelar información útil sobre la riqueza y el estilo de vida de la PEP y sobre sus ingresos oficiales»<sup>639</sup>.

En ese punto, merece destacar que, a lo largo de la inmersión práctica de esta investigación, he constatado dos dificultades de cumplimiento. *Primera*: el acceso a las bases de datos abiertos de un país extranjero no siempre es fácil e intuitivo. Por ello es común que páginas como *Wikipedia* y periódicos ofusquen el papel de estas vías de acceso a la información. *Segunda*: además de las peculiaridades estructurales de cada portal, algunos de ellos no están disponibles en el idioma inglés o español. Eso es lo que pasa, por ejemplo, con Emiratos Árabes Unidos y los demás países de la Liga de los Estados Árabes.

En estos casos, la calidad de la información que se obtiene es reducida, los encargados del cumplimiento pasan a utilizar fuentes de información que no son del todo fiable. Sin embargo, en estos casos el potencial cliente suele contar con un “aval” de un *best friend* y el apoyo interno del *gerente de relacionamiento*. Luego, el factor preponderante en la aceptación del cliente pasa a ser el *visto bueno* de un tercero (otro banco o firma de abogados) con actuación en grandes mercados financieros, como Londres y Nueva York, ofuscándose el criterio del *riesgo de doble cara*.

Pese a ello, el hecho de que –en regla– la mayoría de las PRPs y PEPs (por función y por relación) establezca sus relaciones por medio de la «banca privada» cambia la *dificultad ad intra* para el cumplimiento de tal deber. La razón de ello es que, en esa situación, el banco actúa para

---

<sup>639</sup> FATF-GAFI. “Guidance: Politically Exposed Persons” (Recommendations 12 and 22), Paris, 2013, p. 21.

ofrecer a la PEP una *gestión individualizada* del patrimonio global de su patrimonio global (por vía de *private banking* y *wealth management*). Eso incluye la planificación *fiscal, financiera* y *patrimonial* que está referida a una gran cantidad de activos y ofrecimiento de “oportunidades” de inversión<sup>640</sup>. En efecto, el banco obligatoriamente conoce el núcleo informacional sensible a la política pública de [co]operación para la prevención del «blanqueo de capitales».

Dicho de otro modo: en el ámbito de los servicios de *private banking* y *wealth management* el banco maneja la información necesaria para cooperar en la evitación de la “bancarización” y deslocalización de activos. El problema, aquí, es otro: ¿el banco está dispuesto a cumplir con tal deber (*que por la normativa es un obligatory obligatory*) en detrimento de los intereses, bonos y del lazo de *deferential trust*<sup>641</sup> involucrados en ese ámbito del banco?

Conforme he expuesto en el análisis del *capítulo cuarto*, la ejecución de tales servicios presupone la existencia de *confianza* (en el banco) y *lealtad* (al cliente). Eso porque la concreción de sus fines depende de una relación suficientemente cercana para facilitar al gestor bancario el acceso a información económico patrimonial sensible. En particular: (i) el patrimonio global del cliente, (ii) la dinámica financiera de sus actividades, (iii) proyectos y proyecciones personales y familiares, (iv) riesgos particulares y (v) impedimentos para entablar negocios.

---

<sup>640</sup> MAUDE, David. *Global private banking and wealth management: the new realities*. Sussex, John Wiley & Sons, 2006, p. 35.

<sup>641</sup> FLANNIGAN, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, 1989, p. 287.

Al fin y al cabo, el dominio a detalle de ese tipo de información es una *conditio sine qua non* —y la clave para el éxito— no solo para que la gestión e inversión eficientes de los activos que ya existen, sino también para que el banco aporte su diferencial: el encuentro de las “mejores” oportunidades para maximizar la rentabilidad del cliente. Así pues, hay un claro *conflicto de interés* que puede perjudicar el cumplimiento de la diligencia debida.

#### **4. El deber de obtener la autorización de la «alta dirección»**

A partir de lo que se ha delimitado en el apartado anterior, subyace que, tanto en España, como en Brasil, los deberes legalmente regulados para la prevención de la “bancarización” de activos vinculados a procesos de corrupción política gravitan alrededor de elementos de información que, desde un punto de vista fáctico, son como *piezas desordenadas de un rompecabezas*. Para que se pueda conocer la imagen que ellas componen (el riesgo), hace falta acoplarlas de modo concatenado. Sin ello, no habrá la combinación necesaria para visualizar el riesgo que está ante los ojos, pero disperso y revuelto en fragmentos de información.

*Mutatis mutandis*, ese es el eje de la política de [co]operación bancaria que se ha regulado en el ámbito hispano-brasileño. En ella, la ejecución de la labor de *acoplamiento* de los fragmentos de información (las piezas) sobre la PRP o la PEP pertenece a las personas que forman parte del sector (o dirección) de cumplimiento. Son ellas las

que, desde el nivel intermedio del *management* del banco<sup>642</sup>, están encargadas de *posibilitar* la visualización del *riesgo de doble cara* (la imagen del rompecabezas) inherente a tales personas.

Sin embargo, hay un dato peculiar. Pese a que sean los sectores de cumplimiento y control interno los responsables por la detección y reacción inmediata a ese riesgo, compete a los directivos de la *alta dirección* del banco (*top management*) quienes deben visualizar (conocer) y reaccionar (tomar una decisión organizacional) la imagen de riesgo que se les ha informado. En cuanto a ello, no hay novedad: las normativas de España y Brasil se han alineado al marco de estandarización global.

En España, la *Ley 10/2010* fija que, para establecer o mantener relación de negocio con cualquier tipo de PRP, el banco *debe obtener*, como mínimo, *la autorización* del «inmediato nivel directivo superior» (artículo 14.5, “b”). Aunque ese dispositivo legal no haya especificado *qué se comprende por inmediato nivel directivo*, el análisis sistemático de su “fuente” permite concluir que, aquí, la regulación se ha referido a la *alta dirección* del banco.

La razón de ello es que esa ha sido la determinación del *art. 13.4 “b”* de la «tercera directiva», norma que constituye el objeto de transposición de la *Ley 10/2010*<sup>643</sup>. En efecto, ese es el ámbito que –desde un punto de vista jurídico-formal– posee la competencia para realizar el *juicio de*

---

<sup>642</sup> En dicho ámbito, conforme destaca Montaner Fernández, incumben deberes de dirección, coordinación y control más específicos, cuya facultad decisonal está referida a cuestiones operativas o situacionales. *Cfr.* MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, p. 57.

<sup>643</sup> El propio preámbulo de la *Ley 10/2010* aclara que su contenido transpone la *Directiva 2005/60/CE* y la *Directiva 2006/70/CE*, que desarrolla la definición de PEP.

valoración final que autorizará (*intervención permisiva*) o rechazará (*intervención obstructora*) la intervención bancaria en favor de la PRP<sup>644</sup>.

Sobre ello, la «cuarta directiva»<sup>645</sup> aclara que la palabra *senior management* (*alta dirección*) comprende a los directores o empleados que poseen, *acumulativamente*, dos atributos. De un lado, *el conocimiento suficiente de la exposición del banco al riesgo de «blanqueo de capitales»*. Del otro, *la antigüedad suficiente para tomar decisiones que afecten a la exposición al riesgo* sin que sea necesaria, en todos los casos, la pertenencia al «consejo de administración» (*artículo 3.12*). No se tratan, por tanto, de directivos de nivel intermedio o bajo, sino de alta dirección, pues, en ese caso, sus decisiones trascienden a los asuntos de la operativa ordinaria<sup>646</sup>.

En ese punto, la inmersión práctica de la investigación me ha permitido constatar que —en el ámbito *ad intra* de los bancos— el cumplimiento de tal deber está a cargo sus respectivos «órganos de control interno» (en adelante, «OCI») o equivalente, ubicados a nivel de *Consejo de Administración*. La razón de ello es que, en los términos del *artículo 26 ter, 4*, de la *Ley 10/2010*, los bancos están obligados a

---

<sup>644</sup> En ese sentido, el *artículo 20, “b”, I*, de la *Directiva (UE) 2015/849* también se refiere al *senior management* o «dirección» como el ámbito competente para la realización de dicho juicio de autorización.

<sup>645</sup> En cuanto esa intervención facultativa del consejo de administración, *tercera directiva (Directiva 2005/60/CE)* también ha puesto de relieve en su considerando 26 que «*Obtaining approval from senior management for establishing business relationships should not imply obtaining approval from the board of directors but from the immediate higher level of the hierarchy of the person seeking such approval*».

<sup>646</sup> Acerca de la dinámica de interacción entre los distintos niveles de la organización, cfr. MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, p. 56-57.

establecer un órgano adecuado de control interno que sea distinto de las funciones de auditoría interna y de cumplimiento<sup>647</sup>.

Forman parte de él miembros del *top management* (cargos de administración y dirección) que representan las distintas áreas de negocio del banco, y sus reuniones y decisiones deben constar de *acta expresa*. Según el mencionado dispositivo legal, el OCI tiene la responsabilidad de aplicar las políticas y procedimientos relativos a la *diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación a la UIF (en el caso de España, el «SEPBLAC»)*, y su *obligatory purpose* es «prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo».

Por cierto, gran parte de estas funciones es *delegada* a empleados subordinados, observándose, en todo caso, el *principio de competencia* y los *deberes de vigilancia*<sup>648</sup>: quienes ejecutan tales funciones en la condición de *delegados* no son los responsables jurídico-formales por el incumplimiento<sup>649</sup>, y los delegantes, a su vez, deben vigilarlos y controlarlos (desconfiar) con el fin de garantizar el cumplimiento de lo que se ha delegado<sup>650</sup>.

---

<sup>647</sup> Al respecto, cfr. BERMEJO, Mateo G. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales: un análisis jurídico-económico*. Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 282-284.

<sup>648</sup> Al respecto de las dinámicas de *confianza* y *desconfianza* inherentes a la vigilancia de lo que se pasa en este ámbito, cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos de Derecho penal de la empresa*. 2ed. Madrid: Edisofer, 2016, pp. 193 y ss.

<sup>649</sup> En ese sentido, cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo. *Principios de imputación en la empresa*. In: RAGUES i VALLÈS, Ramón; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018, pp. 24 y ss.

<sup>650</sup> *Ibid.*, p. 30.

Sin embargo, *eso no sucede con las decisiones inherentes a la autorización o denegación de relaciones de negocio u operaciones con PRPs o PEPs*. En ese caso, la tarea organizacional permanece bajo a la ejecución directa del OCI, que, está vinculado al Consejo de Administración por medio de una relación vertical.

Lo relevante, aquí, es la visualización de que –en este ámbito– siempre habrá la confrontación entre el *riesgo de la PEP* (incluyendo la magnitud de los recursos) y el *apetito de riesgo*, es decir: el nivel agregado y los tipos de riesgo que el banco (bajo a una decisión previa y dentro de su capacidad de gestión) está dispuesto a asumir para realizar –en el relacionamiento con tal cliente– los objetivos estratégicos y el plan de negocios. De ahí la probabilidad de conflictos interno acerca cual es el *obligatory purpose* que debe prevalecer: la prevención del riesgo de blanqueo o la realización del apetito de riesgo del banco.

Pasa lo mismo en Brasil. En particular, la *Circular n° 3.978/2020* (en el artículo 19, §2º, III) establece que en el caso de que el cliente sea calificado como PEP –por *función* o por *relación*– el banco *debe «evaluar el interés»* en iniciar o mantener la relación de negocio con tal persona. Sobre ello, el §3º del mismo dispositivo legal también especifica que tal *juicio de valoración final* debe ser realizado por quien *ocupe cargo o ejerza función de «nivel jerárquico superior»* al del responsable por la autorización del relacionamiento con el cliente (el directivo de nivel intermedio ubicado en la gerencia general del banco).

Pese a que no exista en la normativa brasileña una mención expresa al OCI, el artículo 8º de la mencionada *Circular* obliga a los bancos a disponer de *estructura de gobernanza* (a nivel *top management*) con el mismo

fin: asegurar el cumplimiento de las políticas<sup>651</sup>, procedimientos y controles internos de prevención de la utilización del banco para la práctica de *lavagem de dinheiro* y de financiación del terrorismo.

Aquí, incide en igual medida, la mencionada dinámica de *delegación*: la ejecución de parte de tales funciones es delegada a empleados subordinados que, en todo caso, deben ser vigilados y controlados por el delegante. Aún así, *las decisiones inherentes a la autorización o denegación de relaciones de negocio u operaciones de una PEP permanecen concentradas en el gobierno del banco.*

Siendo esto así, en ambos países la «autoridad para decidir» si el banco realizará –o no– una transacción que permite el depósito, movimiento o “offshoring” de activos de una PEP o PRP está aglutinada –por fuerza de la configuración jurídico-legal de la política de [co]operación bancaria– en la alta dirección.

Por otro lado, es evidente que –desde un punto de vista funcional– el hecho de que tal deber esté concentrado en la cúpula del banco hace su cumplimiento substancialmente dependiente del análisis y del envío *bottom-up* de la información de riesgo por parte de empleados delegados. Sin ello, la decisión final sobre la *aprobación (autorización)* o *rechazo (no autorización)* de la relación de negocio con la PRP o la PEP no puede justificarse desde un «enfoque basado en el riesgo» (que es el

---

<sup>651</sup> En particular, el artículo 2º de la *Circular* atribuye a los bancos el deber de implementar y mantener la política formulada en principio y las directrices que busquen prevenir su utilización para prácticas de *lavagem de dinheiro* y financiación del terrorismo que esté conformada a partir del riesgo (i) de los clientes, (ii) de la organización, (iii) de las operaciones, transacciones, productos y servicios, y (iv) de los funcionarios, colaboradores y proveedores.

marco operativo adoptado por la *Ley 10/2010*<sup>652</sup> y por la *Circular n° 3.978/2020*<sup>653</sup>. Por ello he denominado tal dinámica como *diligencia basada en el flujo de información bottom-up de máxima intensidad*.

Eso significa que –legalmente– tal *decisum* (juicio de valoración final del banco) debe ser tomado: (i) sobre la base de los procedimientos de debida diligencia previamente aplicada en los *niveles inferiores* del banco, y (ii) bajo la consideración del «riesgo alto» de que la *operación*, el *servicio* o *producto* solicitado por la PRP o PEP pueden formar parte de un *proceso de “deslocalización”* de activos vinculados a procesos de «corrupción política». La razón de esto es sencilla: este es el riesgo que ha sido (pre)determinado como la *red flag* que deber ser el *obligatory purpose* que dirige el control preventivo propio de la política pública de [co]operación bancaria en todos los niveles del banco.

Así pues, ambos países han “juridificado” el estándar global que sujeta la relación entre las PEPs y los bancos al *juicio de valoración final de riesgo* de la *alta dirección*, que –con base en el análisis de información de riesgo– determinará (i) la *aprobación (intervención permisiva)* o (ii) el *rechazo (intervención obstructora)* del inicio o continuidad de la relación de negocio con la PEP o PRP.

#### **4.1. Efecto *top-down*: la repercusión operativa del «juicio de valoración final»**

---

<sup>652</sup> En España, esa lógica consta de los artículos 7.1 y 7.2 de la *Ley 10/2010*, en la exposición de motivos del *Real Decreto-Ley 304/2014*, y en la *disposición final sexta* de la *Ley 19/2013*.

<sup>653</sup> En Brasil tal marco está expreso en el artículo 2º, párrafo único, de la *Circular n° 3.978/2020*.

Una vez realizado el mencionado «juicio de valoración final» basado en el flujo informacional *bottom-up*, surge una cuestión: ¿qué pasa cuando la cúpula del banco decide *no autorizar* (*intervención obstructora*) la relación de negocio u operación con la PRP o la PEP?

En ese punto, las normativas de España<sup>654</sup> y Brasil<sup>655</sup> repiten la vieja fórmula del *Report*, creada en 1970, por la «BSA» estadounidense<sup>656</sup>, y perfeccionada por el GAFI. O sea: además de *informarse*, los bancos deben *informar* a la «unidad de inteligencia financiera» del Estado la «sospecha» que haya sido detectada y que –a causa de la falta de aclaración de su licitud– motivó el *decisum* que no autorizó la relación de negocio o la operación solicitada por una PRP o PEP.

Por consiguiente, *hay dos deberes de [co]operación distintos*. El *primero*, consta del análisis del apartado anterior, y obliga a la cúpula del banco a impedir –desde el ámbito *ad intra* de su organización– la consumación del riesgo alto que ella conoce. ¿Cómo? Por medio del *decisum* de no autorización (*intervención obstructora*) que estanca la *offshoring*. El segundo, a su vez, obliga al banco a permitir que el Estado –desde el ámbito *ad extra*– conozca la información financiera necesaria para localizar, monitorear e interceptar los activos ilícitos que están en

---

<sup>654</sup> En España, la comunicación por indicio está regulada en el artículo 18 de la Ley 10/2010 y en el artículo 26 del Real Decreto 304/2014.

<sup>655</sup> En Brasil, la comunicación por indicio está regulada en el artículo 48 de la *Circular n.º 3.978/2020*.

<sup>656</sup> En particular, me refiero a la piedra angular de la política de [co]operación bancaria para la prevención del blanqueo de capitales: la dinámica del «Currency Transaction Report form», prevista ya en 1970 por la «Bank Secrecy Act», y que, posteriormente, se convirtió en el «Suspicious Activity Reports» («SAR»), regulado en el «Code of Federal Regulations» (12 CFR § 21.11).

proceso de “deslocalización”. ¿Cómo? Por medio del envío del mensaje informacional –por parte del banco– a la «unidad de inteligencia financiera» (*intervención comunicativa*), consumándose, así, la comunicación sobre la sospecha de “blanqueo”.

Ahora bien, hace falta destacar que –en materia de prevención– toda «sospecha» está basada en un *dato indiciario concreto* que debe ser interpretado como un *factor de desconfianza* que designa la obligación bancaria de *conocer más* sobre el riesgo concreto del cliente (deber de informarse). En el caso de las PRP o PEP hay una peculiaridad. Las “juridificaciones” de España y Brasil repiten el marco regulador global, y no solo señalizan –*ex ante*– el abstracto riesgo alto de tales personas, como también determinan el *iter bottom-up* que el banco debe superar para gestionarlo y matizarlo.

En cuanto a ello, la *autorregulación regulada*, por más potente que sea, como lo señala COCA VILA<sup>657</sup>, puede cambiar la forma y el contenido de esa dimensión del cumplimiento. El fundamento de ello es que ello ha sido “juridificado” como un *obligatory purpose* de la política de [co]operación bancaria. Y eso no lo digo yo, lo dicen la Ley 10/2010 y la *Circular n° 3.978/2020*.

Precisamente por ello, para que el *indicio de sospecha* se convierta en fundamento para la (i) no autorización operación (*intervención obstructora*) y (ii) *comunicación* a la «UIF» (*[re]acción transmisora*), hace falta un *plus*. Es decir, el banco debe corroborar con mayor fuerza –y con

---

<sup>657</sup> COCA VILA, Ivó. “¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?” In: *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). Barcelona: Atelier. 2013, pp. 43-73.

más datos— el riesgo que ha sido aducido preliminarmente. Me refiero a la discrepancia entre el análisis informacional previo (que se va a enviar a la alta dirección) y la información económico-patrimonial presentada por la PRP o PEP.

En cuanto a ello, las normativas de España y Brasil poseen reglas distintas. La *Ley 10/2010* establece que, una vez detectada la sospecha, el banco debe realizar —*con especial atención*— un examen del hecho u operación que pueda indicar que el cliente (en este caso la PRP) está involucrado en un proceso de «blanqueo de capitales» (art. 17). A la luz del art. 18.1, se incluye en el campo semántico de la expresión “sospecha” la «falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o precedentes operativos de los clientes» y a la falta de «justificación económica, profesional o de negocio para la realización de las operaciones».

En Brasil, la *Circular nº 3.978/2020* sigue, de inicio, la misma línea de la *Ley 10/2010*. Ello por que su tenor obliga a los bancos a implementar procedimientos de análisis destinados a dar «especial atención» a las operaciones y situaciones —propuestas y consumadas<sup>658</sup>— que hayan sido identificadas como sospechosas (art. 38). En ese punto, tal normativa específica que —para el fin de prevención— habrá «sospecha» cuando se presenten «indicios» de utilización del banco para la práctica de *lavagem de dinheiro* (art. 38, §1º).

Además de ello, la *Ley 10/2010* (art. 14.8) y la mencionada *Circular* (art. 38 §3º, III) obligan al banco a *documentar por escrito* el resultado de ese

---

<sup>658</sup> El art. 38 § 2º subraya que tal procedimiento debe ser aplicado, incluso, a las propuestas de relación de negocio y operaciones que no hayan sido consumadas.

examen o análisis especial<sup>659</sup>. La razón de ello es que, en ese caso, la *alta dirección (senior management)* tiene la obligación de motivar su juicio de valoración final, y eso independe de la constatación (con fundamento) de la «sospecha».

Siendo esto así, la subsistencia del *indicio* o de la *certeza* de «sospecha» – *mismo tras la realización del mencionado examen*– obliga a la cúpula del banco a ordenar (*orden top-down*) la transmisión de tal información a la unidad de inteligencia financiera del Estado. En el caso de España, tal comunicación debe subyacer (según el art. 25.2 del Real Decreto-Ley 304/2014) de toma adoptada por la mayoría de los miembros del OCI, debiendo constar expresamente en el acta, el sentido y la motivación del voto de cada uno de los miembros.

El destinatario de tal juicio de valoración documentado es el «Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias», en adelante, «SEPBLAC» (art. 18 de la Ley 10/2010), y en el caso de Brasil, el «*Conselho de Controle de Atividades Financeiras*», en adelante, «COAF» (art. 48 de la *Circular n° 3.978/2020*)<sup>660</sup>.

---

<sup>659</sup> Cfr. Ley 10/2010, art. 17 y *Circular n° 3.978/2020*, art. 43, § 2°.

<sup>660</sup> En ese punto, el art. art. 48, § 1° de la *Circular 3.978/2020* especifica que la decisión de comunicación de la operación o situación sospechosa debe (i) ser fundamentada con base en las informaciones de riesgo que constan de dossier de riesgo del cliente (art. 43, § 2°), (ii) ser registrada detalladamente en tal dossier, y (iii) y ser realizada hasta el día siguiente a la toma de decisión que determinó la comunicación (y dentro de los plazos fijados en el art. 43, § 1°). Otro dato importante es que, en España, la Ley 10/2010 ha especificado que la persona que hará este puente comunicacional con el SEPBLAC debe ejercer un «cargo de administración o de «dirección» en el banco (art. 26 ter). Brasil, a su vez, señala que tal a persona ocupe un cargo de «director» y que esté formalmente nombrado junto al Banco Central de Brasil. Ello es lo que subyace del art. 9 de la *Circular 3.978/2020*.

Ahora bien, si la diligencia debida ha sido correctamente aplicada, lo ideal es que tal acto comunicacional alcance hechos u operaciones cuya ejecución haya sido interrumpida por la *intervención obstructora* de la cúpula del banco, y que no han pasado de simples tentativas.

El motivo de ello es que, al menos en España, la situación de sospecha obliga a la entidad a cumplir con un *deber de abstención* (*ex vi* del art. 19 de la Ley 10/2010). Eso significa que –en regla– la acción de cumplimiento interno que aduce el riesgo alto de la PRP da causa a un *efecto dominó*, pues –de inmediato– tal acto: activa el (i) examen especial, que fundamenta la (ii) obstrucción (de la alta dirección), que a su vez debe determinar (iii) la abstención *ad intra* y (iv) el envío de información *ad extra* (*comunicación*).

Sin embargo, la propia ley establece excepciones. O sea, en algunas ocasiones no caen todas las piezas del dominó. En particular, el art. 19.1, *in fine*, de la Ley 10/2010, así como el art. 26.3 de su reglamento (el *Real Decreto 304/2014*), permiten excepcionalmente que –mismo ante al indicio o certeza de la sospecha– el banco establezca o continúe la relación de negocio y/o realice la operación solicitada. Eso sucederá en dos hipótesis legales.

La primera corresponde a la situación en la que la *intervención obstructora* (del banco) pueda dificultar la investigación (llevada a cabo por el Estado)<sup>661</sup>. La *ratio* de tal previsión legal es evitar que el cliente (en ese caso la PRP) capte que el banco y el Estado hayan constatado la

---

<sup>661</sup> En cuanto a ello, el art. 26.3 de la Ley 10/2010 menciona los casos en que «la no interrupción de la relación de negocios venga determinada por la necesidad de no interferir en una entrega vigilada acordada» con las instituciones de justicia.

situación de ilicitud.<sup>662</sup> A ese respecto, BLANCO CORDERO pone el siguiente ejemplo<sup>663</sup>:

[...] imaginemos que un cliente sospechoso desea realizar una operación, cuya ejecución debería aplazar el obligado [banco] porque tiene que informar al Servicio Ejecutivo [UIF]. El retraso ligado a ello pondría en evidencia la existencia de sospechas: sería muy difícil explicar al cliente el rechazo temporal de la operación. En tales casos, existe el peligro de que el sospechoso se retire y rompa el contacto con el obligado [banco].

En esa situación, aunque que no suceda la *intervención obstructiva*, los mencionados dispositivos legales obligan a la inmediata (*re*)acción *transmisora*, es decir: el envío de información al SEPBLAC (acción comunicacional)<sup>664</sup>.

Por otro lado, la segunda excepción me parece bastante problemática. El art. 19.1 *in fine* también permite que los bancos concreten la relación de negocio u operación sospechosa «cuando dicha abstención no sea posible». En ese caso, se exige –apenas– transmisión al SEPBLAC de la información inherente al hecho o situación sospechosa y a los motivos que justificaron la ejecución del servicio bancario.

Aquí, el uso legislativo de la cláusula abierta «*cuando dicha abstención no sea posible*» genera dos debilidades regulatorias. De entrada, esa

---

<sup>662</sup> En ese sentido, Blanco Cordero pone de relieve que tal previsión legal permite que el sujeto obligado a prevenir el «blanqueo de capitales» reaccione de *forma flexible* y *sin llamar la atención* del cliente. Cfr. BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed., Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 237-238.

<sup>663</sup> *Ibidem*.

<sup>664</sup> Eso es lo que subyace del art. 19 de la *Ley 10/2010* y del art. 26.1 del *Real Decreto 204/2014*.

indeterminación quita la certidumbre operativa del deber de abstención, ya que –*ex ante*– el juicio valorativo que determina de *lo que es posible* pertenece únicamente al banco. Así, la excepción (ejecución bajo indicio) puede ser convertida en la regla, y la regla (abstención) en la excepción de acuerdo con la conveniencia del *apetito por el riesgo* del banco.

Además de ello, tal configuración da margen a que el banco manipule selectivamente –y a partir de un cálculo de coste-beneficio– las sospechas que van –o no– a ser objeto de su intervención obstructiva. Dicho con otras palabras: la indeterminación de la excepción prevista en el art. 19.1 *in fine* de la Ley 10/2010 permite un blindaje selectivo de la relación de negocio de la PRP a la intervención obstructora que debería evitar la consumación de operaciones con fondos de gran volumen que –desde un punto de vista económico-patrimonial– carecen de justificación y finalidad lícitas<sup>665</sup>. En el caso de Brasil, la problemática es mucho peor: la *Circular n° 3.978/2020* no ha fijado el mencionado *deber de abstención*, de manera que –lo que es excepción en España– opera con regla en *terra brasilis*. Ese es el *weak point* central de la normativa.

## **5. El seguimiento reforzado y permanente de la relación de negocios**

---

<sup>665</sup> PLATT, Stephen. *Criminal Capital: How the Finance Industry Facilitates Crime*. São Paulo: Cutrix, 2017, p. 39.

El hecho de que la cúpula del banco haya decidido autorizar (intervención permisiva) la relación de negocio u operación con la PRP o PEP no significa la “liberación” del riesgo que ella representa. Por el contrario, mientras tal persona sea cliente y esté en la condición de PRP o PEP, el banco está obligado a sujetarla a *medidas reforzadas de diligencia*.

En España, eso es lo que subyace al *artículo 14.5, “d”*, de la *Ley 10/2010*, que obliga a los bancos a «realizar un seguimiento reforzado y permanente de las relaciones de negocios» de las PRP<sup>666</sup>. En el mismo sentido –pero con configuración distinta– va el tenor del *artículo 18 §4º* de la *Circular nº. 3.978/2020*, que obliga a los bancos a reevaluar –de forma permanente– el «riesgo alto» de la PEP de acuerdo con la evolución de la relación de negocio.

Aunque las legislaciones de ambos países no hayan especificado los detalles de ese «seguimiento permanente», los bancos suelen configurar tal procedimiento a la luz de las recomendaciones del GAFI sobre el asunto<sup>667</sup>. En ese caso, el énfasis del refuerzo de diligencia está en las relaciones de negocio con *Foreign PEPs y International Organizations*<sup>668</sup>.

---

<sup>666</sup> Al respecto, BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 230-233; 713-718; *Ibidem*, “Las personas expuestas políticamente (PEP). Riesgo de blanqueo para los sujetos obligados”. In: DE CARLI, Carla Veríssimo; et al. *Lavagem de capitais e sistema penal. Contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p.72.

<sup>667</sup> FATF-GAFI. “Guidance: Politically Exposed Persons” (Recommendations 12 and 22), Paris, 2013, p. 22.

<sup>668</sup> En ese punto, hace falta aclarar que de 30/12/2013 a 03/09/2018 el refuerzo de debida diligencia estaba dirigido solo a las PEP Extranjeras, lo que, desde un *enfoque basado en el riesgo*, designaba una aberración en materia de prevención y, en los términos de la criminología crítica, una *selectividad* del sistema. Sin embargo, a partir

La razón de ello –conforme he expuesto en el análisis del *capítulo quinto*– es que el actuar transfronterizo de tales personas dificulta el conocimiento inmediato de hechos y de contextos que puedan indicar un riesgo alto de “bancarización” de activos vinculados a procesos de corrupción. Por ese motivo, pasa a ser fundamental –dentro de la lógica regulada– que, en el cumplimiento bancario de tal deber, sea permanente la búsqueda de información para *conocer* si existe –o no– la ya mencionada *tríada de factores* que incrementan la contingencia de que la intervención bancaria realice el riesgo prospectivo que está vinculado a las PEPs.

En especial, me refiero a la averiguación de si –tras el contraste entre las características de la relación de negocio u operación solicitadas y la función pública desempeñada– subyace (i) la configuración de «conflicto de interés», (ii) la constatación de un «poder de influencia» o (iii) el involucramiento de un «país de riesgo»<sup>669</sup> en materia de «corrupción» y «blanqueo de capitales»<sup>670</sup>.

---

de la vigencia del Real Decreto-Ley n.º. 11/2018, la Ley 10/2010 pasó a equiparar las medidas de diligencia aplicadas a las PRP Extranjeras y PRP Domésticas. En efecto, los bancos pasaron a estar obligados a reforzar la diligencia (artículo 14.5) siempre que sea detectada la condición de PRP en el «cliente» o «titular real», independientemente de cual sea el nivel del riesgo de la relación de negocio u operación solicitadas. Lo que pasa, ahora, es que, en cuanto a las PRP Extranjera, el seguimiento es mucho más intenso.

<sup>669</sup> En cuanto a ello, el artículo 22 del Real Decreto 304/2014 considera como país, territorio o jurisdicción de riesgo aquellos que (i) no cuenten con sistemas adecuados de prevención del «blanqueo de capitales» y de la «financiación del terrorismo»; (ii) estén sujetos a sanciones, embargos o medidas análogas aprobadas por la «UE», «ONU» u otras organizaciones internacionales; (iii) presenten niveles significativos de «corrupción» u otras actividades criminales; (iv) faciliten financiación u apoyo a actividades terroristas; (v) presenten un sector financiero extraterritorial significativo (centros «*off-shore*»); (iv) tengan la consideración de paraísos fiscales. Además de ello, se ha establecido en el art. 22.2 de la misma normativa que –para la determinación de tal estatus– los sujetos obligados (incluyendo a los bancos) deben recurrir a fuentes

En cuanto a ello, la inmersión práctica de la investigación me ha permitido constatar que, en regla, la labor de obtención de las informaciones que permiten tal seguimiento es llevada a cabo con el auxilio de «sistemas de monitoreo electrónico». Esos *softwares* son desarrollados por los «departamentos de IT» (*Information Technology*) del propio banco, y operan a partir de *machine learning*.

En el caso de las PRPs y PEPs (clientes de riesgo alto) tales *softwares* operan a través del método de la *supervised learning*<sup>671</sup>: sus algoritmos procesan datos que están referidos a características (e.g. volumen financiero, tipo de contrato, producto, servicio, país) y etiquetas específicas (e.g., la condición de PEP)<sup>672</sup>. De ese modo, los algoritmos intentan aprender –*a partir de la información que conforma el «perfil de riesgo»*

---

creíbles, mencionándose, ejemplificativamente, los «Informes de Evaluación Mutua» del GAFI y informes o equivalentes.

<sup>670</sup> En términos analíticos, esa *triade* puede ser aclarada por medio de la búsqueda de respuestas a las siguientes preguntas relativas a las PRP o PEP: (i) ¿sus intereses de negocio relacionados con la función pública ejercida?; (ii) ¿posee autoridad decisional directa o poder de influencia sobre procesos de contratación pública o ha solicitado una relación de negocio u operación que involucra actividades sensibles a la corrupción? (e.g., petróleo y gas, construcción, minería, recursos naturales); (iii) ¿reside o ejerce su función en un país afectado por altos niveles de «corrupción» o que está catalogado en las listas del GAFI u otros organismos internacionales como poseedor de deficiencias estratégicas en materia de prevención del «blanqueo de capitales»?

<sup>671</sup> *Cfr.* GOODFELLOW, Ian; BENGIO, Yoshua; COURVILLE, Aaron. *Deep learning*. Cambridge: MIT Press, 2016, p. 102.

<sup>672</sup> Conforme destacan, ese tipo de método es problemático en materia de prevención del «blanqueo de capitales», pues –distinto a otros tipos de crímenes financieros– el banco difícilmente domina las tipologías de deslocalización que pueden ser utilizadas por el cliente. *Vid.*, JULLUM, Martin; LØLAND, Anders; BANG HUSEBY, Ragnar; “Detecting money laundering transactions with machine learning”, *Journal of Money Laundering Control*, enero 2020, p. 174 y ss.

de esa etiqueta/categoría de clientes– los patrones que diferencian las operaciones y situaciones legítimas de las potencialmente ilegítimas<sup>673</sup>.

Por ello, los datos recolectados y verificados en el procedimiento de identificación del cliente son los parámetros que (pre)configuran la emisión automática, por parte del *software*, de *red flags* que facilitan el monitoreo de la PRP o PEP<sup>674</sup>. Aún así, se trata de una “automatización” parcial, ya que los destinatarios inmediatos de tales alarmas (los encargados de la función de cumplimiento) *intervienen, verifican y evalúan* manualmente la información relativa al riesgo que ha sido señalado<sup>675</sup>.

## 6. BALANCE

Del análisis anterior subyace el convencimiento de que, desde un punto de vista jurídico-formal, tanto en España, como en Brasil, la condición de riesgo de las PEPs/PRPs está referida a una *diligencia*

---

<sup>673</sup> Para los demás clientes, se suele aplicar el método *unsupervised learning*, por medio del cual el software intenta identificar patrones inusuales en los datos financieros (*e.g.* volumen y circunstancias) sin la información previa sobre *qué datos* corresponden a una potencial práctica de «blanqueo de capitales». *Vid.*, JULLUM, Martin; LØLAND, Anders; BANG HUSEBY, Ragnar. “Detecting money laundering transactions with machine learning”, *Journal of Money Laundering Control*, enero 2020, p. 174 y ss.

<sup>674</sup> En cuanto a ello, el artículo 23 del *Real Decreto 304/2014* (Reglamento de la Ley 10/2010) establece que, en el caso de sujetos obligados, *e.g.*, los bancos, «cuyo número anual de operaciones exceda de 10.000, será preceptiva la implantación de modelos automatizados de generación y priorización de alertas». Sin embargo, el mismo dispositivo establece que tales alertas deben ser objeto de revisión periódica «con objeto de garantizar su permanente adecuación a las características y nivel de riesgo de la operativa del sujeto obligado». En Brasil, la *Circular n.º. 3.978/2020* no ha tratado de ese asunto.

<sup>675</sup> En ese sentido, el propio GAFI reconoce que esa es la realidad del sector bancario, principalmente en los grandes bancos. *Vid.*, FATF-GAFI. “*Guidance: Politically Exposed Persons*” (*Recommendations 12 and 22*), Paris, 2013, pp. 22-23.

*bottom-up de máxima intensidad.* Ello significa que toda operación bancaria realizada por el «banco» en favor de una PEP, pasó –o debería haber pasado– por un análisis específico de su cúpula (alta dirección), presumiéndose, así, que tales intervenciones fueron aprobadas por un *juicio de valoración final* (fijado por ley) que está basado en un flujo de información *bottom-up* (i) que permite el conocimiento del *riesgo de doble cara* y (ii) que está dirigido a la concreción de un *obligatory purpose*: la intervención obstructora dirigida a la evitación *ad intra* de la realización bancaria del riesgo prospectivo inherente a las PEPs.

## CONCLUSIONES

Del análisis vertical de las PEPs y de los factores que gravitan alrededor de su relación con los bancos, subyacen la siguientes conclusiones:

1. El factor que determina tal *condición de riesgo* es (i) la autoridad para decidir (PEP por función) o (ii) la capacidad de influenciar (PEP por relación) una decisión pública que repercute con potencia sobre *intereses privados*. A causa de ello, tales personas se exponen a oportunidades de captura económica (activa y pasiva) propia de los procesos de *corrupción política* es la *visibilidad pública de su poder decisonal* para determinar asuntos que interesan, no solo a la vida del ciudadano común, sino también a los «negocios» de quienes actúan en la política y a la «política» de aquellos que actúan en los negocios.

2. Su *condición de riesgo* debe ser interpretada por los *policymakers* y por los bancos como un riesgo único, pero con “doble cara”. La *cara 1* corresponde al proceso de «*corrupción política*» que puede haberles permitido el recibimiento de activos ilícitos a cambio de infracción de la *normatividad fiduciaria* inherente a su posición de confianza (*problema público inmediato u riesgo retrospectivo*). La *cara 2*, a su vez, corresponde al movimiento dirigido al uso de los servicios bancarios para la «*desconexión informacional*» propia del proceso de «*blanqueo de capitales*», acto que les permitirá la “deslocalización” y el blindaje necesario para sacar provecho económico de los activos recibidos a título de «soborno» (*problema público mediato o riesgo prospectivo*).

3. La “etiqueta” PEPs, como un género, comporta dos especies: las *PEPs por función*, que están investidas de la autoridad decisonal, y las

PEP por relación (*intra o extra organizacional*), quienes podrán –en determinadas circunstancias– *facilitar o influenciar* el desvío de los *obligatory purposes* y de la *normatividad fiduciaria* que (pre)determinan el actuar de quien ocupa el cargo público.

3. Además de ello, siendo la corrupción un problema de *dos partes*, la sistematización propuesta considera a las «*Economically Exposed Persons*» como un género paralelo a las PEPs, y cuyo campo semántico comprende a todas aquellas personas que –*por su poder económico-patrimonial*– están más expuestas a pretensiones ilícitas (y lícitas) de “financiación” de intereses privados.

4. La presuposición de que las PEPs son *dueñas del destino* de sus activos ilícitos es *falsa*. En realidad, la realización del *riesgo prospectivo* vinculado a ellas depende substancialmente de la intervención bancaria. Y ello no se debe solamente al *know-how* de los bancos para el movimiento transfronterizo de activos. También se debe considerar las “oportunidades” de *offshoring* que los gerentes de *private banking* y *wealth mangement* crean a las PEPs.

5. Los *weak points* que gravitan alrededor de ese tipo de relación conforman la evidencia de que *los bancos saben* que juegan un papel fundamental en el éxito de la desconexión informacional («*blanqueo*») entre los activos ilícitos de la PEPs y el proceso de «corrupción» que lo generó.

6. Siendo esto así, sus servicios funcionan como una *fast track*, que garantiza el movimiento del *output* de la corrupción por el *Finanzunterwelt* y por el *Universalbankensystem*. Con ello, se permite –*por*

*medio de un actuar racional contrario a la legalidad*– la maximización de los beneficios de una práctica ilícita, a través de la instrumentalización de las nuevas posibilidades que el mercado global les ofrece.

7. De ese modo, los bancos están inmersos en la escena del *riesgo prospectivo* de las PEPs.

8. Tanto el BCBS como el GAFI han estandarizado, no solo el campo semántico y el «riesgo alto» de la condición de PEPs, sino también una *diligencia bottom-up de máxima intensidad*. Empero, la diferencia es que, en el caso del GAFI, la diligencia de máxima intensidad está dirigida a la prevención del daño sociopolítico: la “bancarización” de los activos que favorecen procesos de «corrupción». Y, el BCBS, a su vez, sigue la línea de la EBK, poniendo el tono del cumplimiento únicamente en la evitación del «riesgo reputacional».

9. Tanto en España, como en Brasil, la “juridificación” de campo semántico de las PEPs ha sido llevada a cabo bajo la lógica de la *regulatory repeater*, o sea: hubo mucha repetición del “estándar global”, y poca innovación local. Eso significa que, pese a la distinción entre las etiquetas “PRPs” y “PEPs”, hay una *identidad estructural* entre ambas regulaciones.

10. En lo que atañe al campo semántico de las PEPs, me parece aconsejable, de *lege ferenda*, que España y Brasil incluyan a las personas que ejerzan funciones de nivel intermedio (*PEPs por relación intraorganizacional*), debido a su capacidad de influencia *bottom-up*, y al riesgo de que tales personas protagonicen prácticas de *corrupción administrativa* con el aval de sus superiores (*PEPs por función*);

11. Desde un punto de vista fenoménico, el decurso del tiempo no es un factor de extinción, sino de *transformación de la condición de riesgo* de las “PEPs egresadas”. Aunque tales personas ya no estén investidas de *autoridad decisional*, ellas pueden –*por su trayectoria organizacional y por lazos de deferential trust*– influenciar quienes deciden: condición que es propia de las *PEP por relación* (modalidad impropia de riesgo). Por ello, me parece aconsejable, de *lege ferenda*, que ambos países dejen de prescribir un marco temporal fijo *ex ante* (bienio o quinquenio) y pasen a obligar a los bancos a determinar el «riesgo alto» de una “PEP egresada” (“período de enfriamiento”) a través de la adecuada evaluación, monitoreo y revisión del riesgo que se le ha asignado internamente.

13. En el caso de España, en particular, me parece aconsejable, de *lege ferenda*, extender la condición de riesgo de las *PEPs por relación* a hijos(a)s, nieto(a)s y hermano(a)s de las PRPs, debido a la cercanía y a la *deferential trust* de las relaciones familiares.

14. En el caso de Brasil, a su vez, cabría la propuesta, de *lege ferenda*, adhesión, *mutatis mutandis*, a los ejes de Ley 3/2015, que regula el ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado en España, con el fin de determinar el concepto abierto de “altos escalões del gobierno” que están comprendidos en el campo semántico de *PEPs por función*.

15. En lo relativo a las *Economically Exposed Persons*, cabría la propuesta de *lege ferenda* de la creación de una categoría específica para la condición de riesgo de tales personas, ya que ellas también están expuestas a la «corrupción política». Siguiendo al modelo regulatorio de Nigeria, el campo semántico de tal etiqueta debe enfocarse en la

exposición económica de (i) socios, (ii) miembros del consejo de administración, y (iii) la alta dirección empresa (e.g. directores, subdirectores, miembros del directorio o funciones equivalentes).

16. En cuanto a los deberes que están referidos a la condición de riesgo de las PEPs, España y Brasil están alineados a los estándares globales, pues hubo la “juridificación” de una cadena de “refuerzos” que –en conjunto– confieren *máxima intensidad a la diligencia* que debe dirigir la relación entre el «banco» y las PEPs.

17. En ambos países, el *nivel alto* del riesgo de las PEPs *ya viene (pre)determinado por la normativa extrapenal*, y ello significa que todas las veces que el cliente –potencial o efectivo– se subsuma a tal condición, la «alta dirección» tendrá que ser más diligente y, para ello deberá *conocer más* sobre «relación de negocio».

18. Desde un punto de vista normativo, el riesgo de las PEPs/PRPs está referido –en la Ley 10/2010 y en la *Circular nº 3.978/2020*– a una *diligencia bottom-up de máxima intensidad*. Ello significa que toda operación bancaria realizada por el «banco» en favor de tales personas, pasó –o debería haber pasado– por un análisis específico de su cúpula (alta dirección), presumiéndose, así, que tales intervenciones fueron aprobadas por un *juicio de valoración final* (fijado por ley) que está basado en un flujo de información *bottom-up* que permite el conocimiento del *riesgo de doble cara*.

19. Diferentemente de lo que pasa con los *deberes de informar*, en particular, aquellos referidos a la *comunicación de operación sospechosa*, la *diligencia bottom-up de máxima intensidad* está dirigido a la concreción de

un *obligatory purpose*: la intervención obstructora que evita, en el ámbito *ad intra* del banco, la realización bancaria del riesgo prospectivo inherente a las PEPs. Expresado de otro modo: aquí, el banco no comunica para [co]operar con la ulterior localización e interceptación estatal de los activos ilícitos movimentados, sino que [co]opera con la obstrucción de la operación que permite el movimiento y la “deslocalización del activo ilícito” (cosa que no pasa, en regla, el deber general de informar).

20. Siendo esto así, la relación entre las PEPs y los bancos debe ser interpretada como una *red flag* para el Derecho penal, pues:

20.1) la alta dirección –especialmente los miembros del OCI– deben actuar conforme al rol regulado en la Ley 10/2010 y en la *Circular n° 3.978/2020*, y ello independe de las preferencias del banco, que debe adaptarse al marco normativo que (pre)determina el modo de interacción con las PEPs. Así, no hay que invocar la pretensión de *intervención neutral*.

20.2) el marco normativo hispano-brasileño ha regulado la prevención del blanqueo de capitales como un *obligatory purpose* a los bancos (y a su *apetito por el riesgo*). Y en lo que atañe a las PEPs, en particular, ello está dirigido –exclusivamente– a la evitación de la consumación de tal práctica. Así pues, tal discusión tiene amplia capacidad de rendimiento en los modelos teóricos de las *posiciones de garantía de base institucional*, principalmente aquellas aplicadas en el ámbito empresarial (*Betriebskriminalität*).

20.3) El análisis del núcleo esencial de los servicios de *private banking* y de *wealth management*, que es la vía habitual de relación entre los bancos y las PEPs, señala la contingencia de que el banco intervenga –a sabiendas– en la realización del *riesgo prospectivo* de desconexión informacional (o «blanqueo») de activos que ellas recibieron a título de soborno. Y ello, por consiguiente, significa que, en este ámbito, el actuar bancario está más cercano a la categoría del *dolo* y no de la culpa. Ello *porque*:

20.3.a) La línea de base de la relación comercial entre una PEP y el banco es la *deferential trust* (confianza ‘deferente’), en donde prepondera la *confianza sin inhibición* de la PEP en su *gerente personal*, incluyendo la *intimidad* (subyacente del modelo de la interacción cercana entre la PEP y el gerente); la *seguridad* (generada por la pericia y la atención especializada del gerente, dato que crea la expectativa de que el banco le va a garantizar el mejor resultado financiero posible); y la *dependencia* (a causa de la necesidad de la intervención del gerente bancario en la gestión de su patrimonio). Es el gerente bancario quien puede *abrir* o *cerrar* puertas y *fast tracks* para las mejores oportunidades de *offshoring* de activos ilícitos.

20.3.b) Uno de los diferenciales de los servicios de *private banking* y de *wealth management* es el ‘esfuerzo’ del gerente personal para la creación de “oportunidades” de gestión de activos bajo el *plus* del la confidencialidad y el sigilo.

c) En ese tipo de relación bancaria, las PEPs tienden a “deferir” al juicio o a la sugerencia del gerente personal (persona de confianza) en lo que atañe a “*qué hacer*” para sacar el máximo provecho de sus

activos. Sin embargo, ellas también podrán *influenciarlo* –por medio de incentivo económico o persuasión– a *no abstenerse* de la realización de una operación o transacción cuyo volumen financiero no sea compatible con las *fuentes de ingresos* que han sido formalmente declaradas por la PEP al Estado.

20.3.c) es natural que a lo largo de esa relación de negocio ocurra el *estrechamiento relacional* –por razones profesionales y/o personales– entre la PEP y su gerente personal (*e.g.* visitas al hogar, invitaciones a reuniones familiares, intercambio de regalos). Desde un punto de vista de la psicología cognitiva, ello no solo contribuye a la *intensificación de la lealtad del gerente hacia la PEP (cliente)*, sino también incrementa la contingencia de que las *impresiones positivas* propias de la confianza y lealtad fomenten al gerente personal del banco a actuar como *PEP advocate* ante la inteligencia financiera del Estado.

20.3.d) la asimilación del poder de las PEPs por función (*powerful clients*) para *influenciar* su entorno puede causar intimidación interna y presión en el gerente y en la cúpula del banco, lo cual les lleva a flexibilizar la rigurosidad del control de las operaciones que involucren esa especie de PEPs.

20.3.e) La actuación del banco en favor de los intereses de una PEP tiene como fundamento una *«relación de agencia»*. Se trata de una subespecie de *relación fiduciaria* que está referida a un *contrato* en el que la PEP («parte principal») delega al banco («agente de confianza») la tarea de maximizar sus ganancias económico-patrimoniales. Así pues, el cumplimiento contractual implica un *deber de lealtad*.

20.3.f) La remuneración por la prestación de los servicios de *private banking* y *wealth management* proviene de «comisiones» por transacción o «tarifas» por el servicio pagadas por la PEP. Ello es lo que genera el *lucro* y *rentabilidad* de la relación de negocio. Así pues, el relacionamiento exitoso con las PEPs es un dato sensible a la cúpula del banco, ya que –desde un punto de vista organizacional– la maximización de la rentabilidad del modelo de negocio es un *obligatory purpose* de sus actividades.

20.3.g) el éxito en entablar relaciones que involucren gran volumen de activos importa no sólo a cúpula, como también al gerente, que puede ser beneficiado por el pago de bonos por haber logrado los objetivos de ese tipo de cliente. Desde un punto de vista operativo, con todo, la combinación entre el deber de lealtad y la preponderancia del interés bancario por las ganancias económicas puede generar un problema. En particular, la toma de postura (anti)ética e (in)diligente –por parte del gerente y/o de la cúpula del banco– en el sentido de obviar *red flags* que deberían obstar la realización de una operación por indicaren el *riesgo prospectivo de desconexión* (o “blanqueo”).

21. Debido a los [conflictivos] intereses que determinan (i) el cumplimiento de los *obligatory purposes* de prevención del blanqueo de capitales, y (ii) la *deferential trust* que vincula el modo de realización los servicios de *private banking* y *wealth management*, me parece claro que el asunto tiene capacidad de rendimiento desde la óptica de la *colisión de deberes*.

22. La dinámica de diligencia *bottom-up* de máxima intensidad implica tres dimensiones penalmente relevantes. En particular, hay: (i) la dimensión de quien recoge y analiza la información que va a ser sometida al flujo *bottom-up*; (ii) la dimensión de quien recibe la información y toma la decisión a partir de ella, y (iii) la dimensión de la información en si misma.

23. Las peculiaridades de cada una de estas dimensiones puede influir fuertemente en materia de *error* (de tipo y de prohibición) cuando quien decide, simplemente adhiere al informe técnico que ha sido enviado a la alta dirección/OCI por el sector de cumplimiento.

24. El fundamento de la imputación de responsabilidad penal a los miembros de la alta dirección/OCI podrá ser la *interrupción de curso causal salvador* (o *lógica de la double prevention*). Ello porque el informe del sector de cumplimiento con la señalización técnica de que la operación de la PEP no debe ser aprobada *es, desde un punto de vista preventivo*, el acto inaugural del curso causal que salva los intereses ciudadanos del daño que se iba a realizar en el “curso causal” inaugurado por la solicitud de operación por parte gerente de relacionamiento. Así, la posterior desconsideración, por parte de la alta dirección/OCI de dicho informe, y la consecuente realización de la operación riesgosa de la PEP, significa la interrupción *top-down* del curso causal salvador que había sido inaugurado por la vía *bottom-up* de cumplimiento, y que iba impedir el daño a los ciudadanos.

25. Así, el actuar de los directivos que están en la cúpula de la empresa puede ser responsable de las decisiones delictivas.

26. Por fin, la infracción, por parte del banco, de los deberes que conforman la diligencia *bottom-up* de máxima intensidad es más grave que el desvío individual de las PEPs. Ello porque, desde un punto de vista fenoménico, una PEP por función perjudica un micro-conjunto de *obligatory purposes* de una «organización pública», mientras el incumplimiento sistemático del banco [co]opera con la defraudación de los *obligatory purposes* no de una, sino de varias de las «organizaciones públicas» que han sido constituidas para materializar las «instituciones» que conforman un *estado de libertades* [*Freiheitlichkeit*]. Y ello, para el Estado Democrático de Derecho, repercute con una lesividad mucho mayor.

## Bibliografía

AART SCHOLTE, Jan. “Global trade and finance”. In: BAYLIS, John; SMITH, Steve; OWENS, Patricia. *The globalization of world politics: an introduction to international relations*. 4 ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

ABEL SOUTO, Miguel. *El Blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*. Santiago de Compostela: USC, 2002.

ACKERMAN, Jürg-Beat. *Geldwäscherei-money laundering: eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1992.

ALARCÓN MORALES, Juan David. “Alternativas legales para evitar el flujo de capitales a paraísos fiscales”. *Revista Jurídica Derecho*, v. 6, n. 7, 2017.

AMBOS, Kai. *Derecho Penal Internacional Económico: fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.

AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e Direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

ANDRADE, Janaína Nicolau de. “As possíveis transformações no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais”. *Revista Jurídica*, v. 4, n. 45, 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2012.

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

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Política Criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

BARAK, Gregg. *Routledge international handbook of the crimes of the powerful*. New York. Routledge, 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico penal*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1989.

BARROS FILHO, *Corrupção: parceria degenerativa*. Campinas: Papirus editora, 2016.

BASOZABAL ARRUE, Xavier. “Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado”. *InDret*, n. 4, 2018.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, 12<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Liquid modernity*. Cambridge: Polity, 2000.

BAUMS, Theodor. “Corporate governance in Germany: the role of the Banks”. *The American Journal of Comparative Law*, v. 40, n. 2, 1992.

BCBS. *Debida diligencia con la clientela de los bancos*, Basilea, octubre de 2001.

\_\_\_\_\_. *Managing proceeds of asset recovery: the case of Nigeria, Peru the Philippines and Kazakhstan*. International Centre for Asset Recovery: Working Press Series, 2009.

\_\_\_\_\_. *Principios de gobierno corporativo para los bancos*, Basilea, 2015.

BEL, Germà. “Against the mainstream: nazi privatization in 1930s Germany”. *The Economic History Review New Series*, v. 63, n. 1, 2010.

\_\_\_\_\_. “Retrospectives: the coining of "privatization" and Germany's national socialist party”. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 20, n. 3, 2006.

BELLAMY, Richard. “Political constitutionalism and the Human Rights Act”. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 1, 2011.

BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Iustel: Madrid, 2012.

BERGALLI, Roberto. *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*. Buenos Aires: Ad hoc, 1999.

BERKELEY, George. *A treatise concerning the principles of human knowledge*. David R. Wilkins Editor: Dublin, 2002.

BERMEJO, Mateo G. *Prevención y castigo de blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

BERNASCONI, Paolo. *Finanzunterwelt: Gegen Wirtschaftskriminalität und organisiertes Verbrechen*. Berlin: Orell Füssli Verlag, 1988.

BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed, 2015.

\_\_\_\_\_, Isidoro. “Las personas expuestas políticamente (PEP). Riesgo de blanqueo para los sujetos obligados”. In: DE CARLI, Carla Veríssimo; et al. *Lavagem de capitais e sistema penal. Contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

\_\_\_\_\_, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. Comares: Granada, 1999.

BLICHNER, Lars Chr; MOLANDER, Anders. *What is juridification?* In: Arena Center for European Studies, Working Paper n. 14, marzo 2015.

BORGES, Jorge Luis. *Obra completa*, v. II. Barcelona: Eméce, 1996.

BRITTAIN-CLAIN, Willian. *Offshore: The dark side of the global economy*. New York: Picador, 2005.

BUNDESAMT FÜR POLIZEI. *Combating Money Laundering in Switzerland*. Bern, octubre 2003.

BUNDESKRIMINALAMT. *Jahresbericht 2006*, FIU Deutschland Wiesbaden, 21 de agosto de 2007.

CANESTRI, Daniele. “Politically exposed entities: how to tailor PEP requirements to PEP owned legal entities”. *Journal of Money Laundering Control*, v. 22 n°. 2, 2019.

CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. Colex: Salamanca, 1998.

CAPGEMINI RESEARCH INSTITUTE, *World Wealth Report*, Paris, 2020.

CATER, Charles. “Corruption and global governance”. In: HARMAN, Sophie; WILLIAMS, David. *Governing the world? Cases in global governance*. London: Routledge, 2013.

CENTRAL BANK OF NIGERIA. *Circular on amendment of Anti-Money Laundering/ CFT Regulation of 2009*, de 3 de mayo de 2013.

CHAIKIN, David; SHARMAN, Jason. *Corruption and money laundering: a symbiotic relationship*. Palgrave Macmillan: New York, 2009.

CHAVKIN, Sasha; MARCANO, Patricia. *How banks helped Venezuela’s ‘boligarchs’ extract billions*, ICIJ, 2020.

CHEIUB, José Antonio; PRZEWORSKI, Adam; SAIEGH, Sebastian. “Governos de coalizão nas democracias presidencialistas e parlamentaristas”. *Revista Dados*, 2002, v. 45, n. 2.

CHOO, Kim-Kwang Raymond. “Challenges in dealing with politically exposed persons”. *Trends & issues in crimen and criminal justice*, n. 368, 2010.

\_\_\_\_\_, Kim-Kwang Raymond. “Politically exposed persons (PEPs): risks and mitigation”. *Journal of Money Laundering Control*, v. 11 n. 4, 2008, pp. 383-384.

CLARK, Kathleen. “Do We Have Enough Ethics in Government Yet? An Answer from Fiduciary Theory”. *Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper* n°. 12, 2006.

COCA VILA, Ivó. “¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?” In: *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). Barcelona: Atelier. 2013.

CORRÊA, Luiz Maria Pio. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI). Organizações internacionais e crime transnacional*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.

CRUZ PADIAL, Ignacio. “Globalización Económica: Sinónimo de desnaturalización tributaria”, *Crónica Tributaria*, n. 109, 2003.

DAHL, Robert. *La democracia: una guía para los ciudadanos*. Madrid: Taurus, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal*. São Paulo: Saraiva, 2019.

DE CARLI, Carla Veríssimo; et al. *Lavagem de capitais e sistema penal. Contribuições hispano-brasileiras a questões controvertidas*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

DEMOTT, Deborah. “Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation”, n. 37 *Duke Law Journal*, 1988.

\_\_\_\_\_. “Fiduciary obligation under intellectual siege: contemporary challenges to the duty to be loyal”. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 30, n. 2, 1992.

DEMSETZ, Harold. “Barriers to entry”. *The American Economic Review*, v. 72, n. 1, 1982.

DER BUNDESRAT. *Fall Abacha: Schweiz leistet Rechtsilfe – Bisber sind in der Schweiz 645 Millionen USD gesperrt worden*. Publicado el 21 de enero de 2000.

DÍAZ BIALET, Augustín. “El enriquecimiento sin causa en el Derecho romano y la institución en el Derecho moderno”, *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año 29, n. 1-4, 1942.

DIETER, Kerwer. “Rules that Many Use: Standards and Global Regulation”. In: *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 18, n. 4, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas la recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”. In: *Cuadernos de Derecho judicial*, 1994.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, en: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. Madrid: Civitas, 1988.

\_\_\_\_\_, Luis María. *Fundamentos del derecho civil patrimonial IV: las particulares relaciones obligatorias*. Madrid: Thomson Reuters Civitas, 2010.

\_\_\_\_\_, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Critica, 2000.

DOES DE WILLEBOIS, Emile van der; *et al.* *The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*. Washington: World Bank, 2011.

DOMBERGER, Simon; *et al.* “Competitive tendering and efficiency: the case of refuse collection”. *Fiscal Studies*, v. 7, n. 4, 1987.

DOMINGO OSLE, Rafael. “¿Qué es el Derecho global? (What Is Global Law?)”. *SSRN*, enero, 2018, p. 12.

DOWNS, Anthony. *An Economic theory of democracy*. New York: Harper Collins, 1957.

EASTON, David. “An approach to the analysis of political systems”. In: *World Politics*, v. 9, n°. 3, 1957, Baltimore: The Johns Hopkins University Press.

EBK. *Abacha-Gelder bei Schweizer Banken Bericht der Eidg. Bankenkommission*, 2000.

\_\_\_\_\_. *EBK verlangt Entfernung von Bankleiter Untersuchung der Bankenaufsicht im Fall Montesinos abgeschlossen*. Noviembre, 2001.

\_\_\_\_\_. *Geldwäschereibericht*, Bern, marzo de 2003, p. 17.

\_\_\_\_\_. *GELDWÄSCHEREIBERICHT*, Bern, marzo de 2003.

\_\_\_\_\_. *JAHRESBERICHT 1986*, Bern, enero de 1987.

\_\_\_\_\_. RS 98/1 *Geldwäscherei*, Bern, 1998.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.

FARALDO-CABANA, Patricia. “Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995”. *Estudios penales y criminológicos*, n.º. 21, 1998.

FARIA COSTA, José de. “O fenómeno da globalização e o Direito Penal Económico”. In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Volume III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FARNHAM, Barbara. “Political cognition decision-making”. *Political Psychology*, v. 11, n. 1, 1990.

FATF. *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism and proliferation*. Paris, octubre 2020.

\_\_\_\_\_, *The forty recommendations*, Paris, 2003.

\_\_\_\_\_. “What is Money Laundering?” Disponible en: <<https://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/>>

\_\_\_\_\_. “Guidance: Politically Exposed Persons” (Recommendations 12 and 22), Paris, 2013.

\_\_\_\_\_. “Transparency and beneficial ownership”, Paris, 2014.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas*. La Ley Penal, n.º 40, 2007.

FELO, Andrew J. “Ethics Programs, Board Involvement, and Potential Conflicts of Interest. In Corporate Governance”. *Journal of Business Ethics*, v. 32, 2001.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, 27ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. “Sobre la definición de ‘democracia’: Una discusión con Michelangelo Bovero”. *Isonomía*, 2003, n.19.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, *et al.* *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario*. Salamanca: Aquilafuente, 2002.

FERWARDA, Joras; DELEANU, Ioana Sorina; UNGER, Brigitte. “Strategies to avoid blacklisting: The case of statistics on money laundering”. *Plos One*, 26 de junio, 2019.

FIGUEROA RUBIO, Sebastián. “Expectativas y atribución de responsabilidad”, *Revus*, 26, 2015.

FINANCIAL STABILITY BOARD. “Principles for An Effective Risk Appetite Framework”, noviembre de 2013.

FLANNIGAN, Robert. “The fiduciary obligation”. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, 1989.

FRIEDRICHS, David. *Trusted Criminals: White Collar Crime in Contemporary Society*. Belmont: Thomson Wadsworth, 2010.

GÄNZLE, Stefan; *et al.* *Differentiated Integration and Disintegration in a Post-Brexit Era*. New York: Routledge, 2020.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El sistema autonómico español: formación y balance”. *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos*, núm. 39/40, 2003.

\_\_\_\_\_. “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”. *Revista de Administración Pública*, n. 38, 1962.

\_\_\_\_\_. *Curso de Derecho Administrativo*, 27ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2015.

GARCÍA SALVADO, María José. “Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2003.

GIROUX, Gary. “What Went Wrong? Accounting Fraud and Lessons from the Recent Scandals”. *Social Research*, v. 75, n. 4, 2008.

GLOBAL WITNESS. *Banks and dirty money*. London, 2015. pp. 1-27; *Ibidem*, *Undue diligence: how banks do business with corrupt regimes*. London: 2009.

GOMES CANOTILHO, Joaquim. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español*. Barcelona: Cedecs, 1996.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar. El bien protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento”, Cuadernos de Derecho judicial, 1994.

GOODFELLOW, Ian; BENGIO, Yoshua; COURVILLE, Aaron. *Deep learning*. Cambridge: MIT Press, 2016.

GRAY, Theodore; *et al.* *Politically Exposed Persons: preventive measures for the banking sector*. Washington: Banco Mundial, 2012.

GREEN, Stuart. *Mentir, hacer trampas y apropiarse de lo ajeno: una teoría moral de los delitos de cuello blanco*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GREENBERG, Theodor; *et al.* *Politically exposed persons: preventive measures for the banking sector*. Washington: World Bank, 2010.

GREINER, Larry; SCHEIN, Virginia. *Poder y desarrollo organizacional: la movilización del poder para implantar el cambio*. Wilmington: Addison Wesley Iberoamericana, 1990.

GUTTERIDGE, et al., “The doctrine of unjustified enrichment”. *The Cambridge Law Journal* v. 5, n. 2, 1934.

GVEKESIANI, Irina. “From the history of the development of “trust” and terminological units”. *Public Service Law*, n. 2, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus, 1987.

HART, Herbert L. A. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

HEIMANN, Fritz; PIETH, Mark. *Confronting Corruption: past concerns, presents challenges, and future strategies*. New York: Oxford University Press, 2018.

HELLMAN, Joel; *et al.* "Seize the State, Seize the Day: State Capture, Corruption and Influence in Transition". *World Bank Policy Research Working Paper 2444*, 2000.

HINSCH, Wilfried. "Justice, legitimacy and constitutional rights". *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, v. 13, n. 1, 2010.

HOBBS, Thomas. *Leviatán, o la invención de la moderna razón*. Madrid: Editora Nacional, 1980.

HOLMES, Leslie. "Corrupción, Estados débiles y racionalismo económico en Europa central y oriental". *Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas (GAPP)*, n. 21, 2001.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

HÖRNEMANN, Gerd. "Freiheit - Wertewandel - Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft". *Sozialwissenschaften und Berufspraxis*, v. 24, n. 1, 2001.

HUDSON, Alastair. *Equity and Trusts*, 4<sup>a</sup> ed. London: Cavendish Publishing, 2005.

IONESCU-SOMERS, Aileen; STEGER, Ulrich. “The Pressure of Stakeholders”. In: *Business Logic for Sustainability*. Palgrave Macmillan, London, 2008.

JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

JULLUM, Martin; LØLAND, Anders; BANG HUSEBY, Ragnar. “Detecting money laundering transactions with machine learning”, *Journal of Money Laundering Control*, 2020.

KAHNEMAN, Daniel. *Pensar rápido, pensar devagar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KASLOW, Florence Whiteman. “Families and Family Psychology at the Millenium”. *American Psychologist*, v. 56, n. 1, 2002.

KAY, John A; THOMPSON, David J. “Privatization: a policy in search”. *The Economic Journal*, v. 96, n. 381, 1986.

KAZMIERCZAK, Marcin. “El concepto de solipsismo en la escritura posmoderna de Borges”. *Itinerarios*, v. 5, 2007.

KENNEDY, Duncan. *Form and substance in private law*. *Hard Law Review*, v. 89, 1976.

KIDWAY, Anwar Jamal. “Money laundering and the role of Banks”. *Pakistan Horizon*, v. 59, n. 2, 2006.

KIM, Sung Hui. “Fiduciary Law and Corruption”, *UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper* n°. 18-01, 2018.

KLEINIG, John. *On loyalty and loyalties: the contours of a problematic virtue*. New York: Oxford University Press, 2014.

KLITGAARD, Robert; MACLEAN-ABAROA, Ronald; PARRIS, H. Lindsey. *Corrupt cities: a practical guide to cure and prevention*. World Bank: Washington, 2000.

KRAWIETZ, Werner. “Unbestimmter rechtsbegriff, öffentliches interesse und gesetzliche gemeinwohlklauseln als juristisches entscheidungsproblem”. *Der Staat*, v. 11, n. 3, 1972.

LABY, Arthur. “The Fiduciary Obligation as the Adoption of Ends”. *Buffalo Law Review*, v. 56, n. 1, 2008.

LAKATOS, Eva Maria. *Sociologia Geral*. 6ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1990.

LESSIG, Lawrence. “Institutional Corruptions”. *Edmond J. Safra Working Papers*, No. 1, 2013.

LEVI, Michael. “Money laundering and its regulation”. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, v. 582, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.

LOPEZ CALERA, Nicolás. *El interés público: entre la ideología y el Derecho*. Anales de la cátedra Francisco Suárez, v. 44, 2010.

MALEM SEÑA, Jorge. “La Corrupción: algunas consideraciones conceptuales”. *Illes Imperis*, n. 16, 2014.

MANSBACH, Richard W.; RAFFERTY, Kirsten L. *Introduction to global politics*. New York: Routledge, 2007.

MARCUS, Abigail; Martini, Maira. “Central bank governance and the prevention and detection of corruption”. Berlin: *Transparency International*, 2019.

MAROTO CALATAYUD, Manuel. *La financiación ilegal de partidos políticos*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

MARTÍNEZ ENCARNACIÓN, Kenyi. “Dinero, poder y política: financiamiento electoral como clave en la influencia de Odebrecht en Perú y México”. *Politai: Revista de Ciencia Política*, n. 18, 2019.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Wilson Alejandro. *La investigación moderna del lavado de activos*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODOC): Bogotá, 2016.

\_\_\_\_\_. *Sistemas de prevención de lavado de activos y de financiación del terrorismo*, Bogotá: Legis, 2014.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico (Parte General)*, 2ª ed, Valencia: Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2005.

MARULANDA OTÁLVARO, Hugo. *Propuesta de instrumentos jurídicos alternativos contra la competencia fiscal perniciosa entre Estados*. Toledo: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Castilla-La Mancha, Toledo, 2015.

MAUDE, David. *Global private banking and wealth management: the new realities*. Sussex, John Wiley & Sons, 2006.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. *Big data: la revolución de los datos masivos*. Madrid: Turner, 2013.

MAYNTZ, Renate. *Sociología de la organización*. Madrid: Alianza, 1972.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “Curso de Direito Internacional Público”. 4. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011.

MCAFEE, R. Preston; *et al.* “What is a barrier to entry?” *The American Economic Review*, v. 94. n. 2, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MERINO SEGOVIA, Amparo; *et al.* CONTRERAS HERNÁNDEZ, Óscar; ESPEJO MEGÍAS, Patricia. “El Derecho y las organizaciones sindicales ante el reto global”, *Revista de Relaciones Laborales*, n. 28, 2013.

MICHENER, GREGORY; Pereira, Carlos. “A great leap forward for democracy and the rule of law? Brazil’s Mensalão trial”. *Journal of Latin American Studies*, v. 48, 2012.

MILLER, Geoffrey P.; CAFFAGI, Fabrizio. *The Governance and Regulation of International Finance*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2012.

MIRÓ LLINARES, Fernando. Intervención en actividades económicas ilícitas y ¿conductas neutrales?, ADPE, n. 1, 2011.

MONERE PÉREZ, José Luis; MORENO VIDA, María Neves. “La negociaciación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productos”, *Temas Laborales*, núm. 76, 2004.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, 2008.

MORAES, Bernardo Queiroz. *Manual de introdução ao Digesto*. São Paulo: YK, 2017.

NAUCKE, Wolfgang. *El concepto de delito económico político. Una aproximación*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

NEWHOUSE, Marie. “Institutional corruption: a fiduciary theory”. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, v. 23, n. 3, Article 2, 2014.

NICHOLS, Philip; ROBERTSON Diana. *Thinking About Bribery: Neuroscience, Moral Cognition, and Psychology of Bribery*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

NIETO MARTÍN, Adan. ¿”Americanización o europeización del derecho penal económico?” *Revista Penal*, n. 19, 2007.

NORTH, Douglass. “Institutions”. *Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1, 1991.

\_\_\_\_\_. *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

NUÑEZ, Andrés; et al. *Fronteras en movimiento e imaginarios geográficos: la cordillera de los andes como espacialidad sociocultural*. Santiago: RIL editores, 2012.

O'DONNELL, Guillermo. "Horizontal accountability and new poliarchies", *Lua Nova*, n. 44, 1998.

O'DONNELL, Guillermo. "Horizontal accountability and new polyarchies". In: SCHEDELER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*. London: Lynne Rienner, 1999.

OCDE. *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. Paris, 1997.

OECD, *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, Paris, 1998.

O'NEILL, Charles; DOMÍNGUEZ, Joaquín (dir). *Diccionario histórico de la compañía de Jesús*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2001.

ONU. *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*. New York: UNODC, 2004.

OSWALD, Katharina. *Die implementation gesetzlicher Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*. Freiburg: Iuscrim, 1997.

PALMA HERRERA, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Edersa: Madrid, 2000.

PAWLIK. *Ciudadanía y derecho penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Barcelona: Atelier, 2016.

\_\_\_\_\_. *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimidad de la pena estatal*, Barcelona: Atelier, 2019, p. 3.

PÉREZ-AMORÓS, Francesc: “Concertación social para el empleo en España (2008-2014)”. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, Vol. 2, 2014.

PETERSON, Barry. “Red Flags and Black Markets: Trends in Financial Crime and the Global Banking Response”. *Journal of Strategic Security*, v. 6, n. 3.

PETRICK, Joseph; SCHERER, Robert. “The Enron Scandal and the Neglect of Management Integrity Capacity”. *American Journal of Business*, v. 18, n. 1, 2003.

PIETH, Mark; AIOLFI, Gemma. “The private sector become active: the Wolfsberg process”, *Journal of Financial Crime*, v. 10, n. 4, 2003.

PIETRO DEL PINO, Ana María; García Magna, Deborah Isabel; Martín Pardo, Antonio. “La desconstrucción del concepto de blanqueo de capitales”. *InDret*, n. 3, 2010.

PLATTI, Stephen. *Criminal Capital: How the Finance Industry Facilitates Crime*. São Paulo: Cutrix, 2017.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *Whistleblowing: Una aproximación desde el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. “Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo”. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?* Madrid: Marcial Pons, 2003.

RAIS, Diogo. *Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

REISMAN, Michel. *Folded Lies: Bribery, Crusades, and Reforms*. New York: Free Press, 1970.

ROBLES PLANAS, Ricardo. *Deberes negativos y positivos en Derecho penal*. InDret, v. 4, 2013.

\_\_\_\_\_, Ricardo. *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018.

\_\_\_\_\_. *La participación en el delito: fundamentos y límites*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

\_\_\_\_\_, Ricardo. *Principios de imputación en la empresa*. In: \_\_\_\_\_. RAGUÉS i VAILÈS. Ramón. *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018.

ROENGPITYA, Rungporn; TARASHEV, Nikola; TSATSARONIS, Kostas. *Bank Business Models*. BIS Quarterly Review, 2014.

ROSE-ACKERMAN, Susan, PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. 2. Ed. Cambridge University Press, 2016.

\_\_\_\_\_. “¿Una administración reducida significa una administración más limpia?” *Nueva Sociedad*, n. 145, 1996.

\_\_\_\_\_. “The Law and Economics of Bribery and Extortion”. *Annual Review of Law and Social Science*, 2010.

ROTHE, Dawn; KAUZLARICH, David. *Crimes of the powerful: an introduction*. New York: Routledge, 2016.

RUIZ GARCÍA, Francisco Javier. “El riesgo reputacional de las entidades financieras”. *Estrategia financiera*, n. 250, mayo, 2008.

RUIZ OLABUÉNAGA, José Ignacio. *Sociología de las organizaciones*. Bilbao: Universidad Deusto, 1995.

SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo, et al. “The ‘lava jato’ network: corruption and money laundering in Brasil”. *Global Observatory of Transnational Criminal Networks*, n. 29, 2018.

SALOMON, Lester; SIEGFRIED, John. “Economic Power and Political Influence: The Impact of Industry Structure on Public Policy”. *The American Political Science Review*, v. 71, n.º. 3, 1977.

SANGUINET RAYMOND, Wilfredo. “Sindicatos y libertad sindical en España: dos décadas de vigencia constitucional”. En: *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, año III*, n. 11, abr./jun 2004.

SAROOSHI, Dan. “Some preliminary remarks on the conferral by States of powers on international organizations”. *Jean Monnet Working Paper 4*: NYU School of Law, 2003.

SARTORI, *La política: lógica y método en las ciencias sociales*. D.F, México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

SATZGER, Helmut. “La europeización del Derecho penal. La influencia del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico-penal nacional de los Estados miembros”. *Cuadernos de Derecho Penal*, 2012.

SCHEIN, Edgar. *Psicología de la organización*. México, D.F.: Prentice-Hall Hispanoamericana, 1982.

SCHOONER, Heidi Mandanis; TAYLOR, Michael. *Global bank regulation: principles and policies*. Burlington: Academic Press, 2010.

SCHVARSTEIN, Leonardo. *Psicología de las organizaciones: nuevos aportes*. Buenos Aires: Paidós, 1991.

SCOTT, Susan; ZACHARIADIS, Markos. *The Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT): cooperative governance for network innovation, standards, and community*. New York: Routledge, 2014.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas conceptos, esquemas de análisis, casos prácticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SENTURIA, Joseph. “Political Corruption”. In: SELIGMAN, Edwin (ed). *Encyclopedia of the Social Sciences*. New York: Macmillan.

SEPBLAC. *Corrupción en las actividades económicas internacionales*. Madrid, febrero de 2016.

SHARMAN, Jason. C. *The Global Anti-Money Laundering Regime and Developing Countries: Dammed if they Do, Dammed if they Don't?* Government and International Relations, University of Sydney, Australia, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “¿Derecho Penal Regulatorio?”. *InDret*, n. 2, 2015.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos de Derecho penal de la empresa*. 2ed. Madrid: Edisofer, 2016.

\_\_\_\_\_. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2a. ed. Madrid: Civita, 2001.

\_\_\_\_\_. *La injerencia de las leyes: problemas de la juridificación de las relaciones sociales*. *Persona y Derecho*, v. 56, 2007.

SMULOVITZ, Catalina; PERUZZOTTI, Enrique. “Societal accountability in Latin America”. *Journal of Democracy*, v. 11, 2000.

SOHN, *Fighting dysPEPsia*, *Money Laundering Bulletin*, n. 151, 2008.

SOLOZABAL, Juan José. “Sobre el Estado Autonómico Español”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 78, 1992.

SØREIDE, Tina; ROSE-ACKERMAN, Susan. “Corruption in State Administration”. *Yale Law & Economics Research Paper* n. 529.

SOTELO, Ignacio. “Estado Moderno”. In: RUIZ, Afonso; DÍAZ, Elias. *Filosofía Política II - Teoría del Estado*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2013.

STANOVICH, Keith; WEST, Richard. “Individual differences in reasoning: implications for the rationality debate?” *Behavioral and Brain Sciences*, 2000, n. 23.

STRØM, Kaare; MÜLLER, Wolfgang. “The keys to togetherness: Coalition agreements in parliamentary democracies”. *The journal of legislative studies*, 2007, v. 5, n. 3.

TANZI, Vito. “Corruption, Governmental Activities, and Markets”. *IMF Working Paper*, 1994.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin Is Changing Money, Business, and the World*. New York: Portfolio, 2016.

TAVARES, Alessandra Schettino. *O perfil do federalismo cooperativo no Brasil*. Brasília: CEFOR, 2009.

THEODORE, Gray; et al. *Politically Exposed Persons: preventive measures for the banking sector*. Washington: Banco Mundial, 2012.

THOMPSON, Dennis. *Ethics in Congress: from individual to institutional corruption*. New York: Brookings Institution Press, 1995.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Global Corruption Report 2004*, London, enero 2004.

\_\_\_\_\_. *Exporting Corruption: Progress report 2020: Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, Berlin, 2020.

U.S. SENATE COMMITTEE. *Private banking and money laundering: a case study of opportunities and vulnerabilities*. Washington, DC: U.S. Printing Government Printing Office, 2000.

UNDERKUFFLER, Laura. *Captured by evil: the idea of corruption in law*. Yale: Yale University Press, 2013.

UNGER, Brigitte. *Improving Anti-Money Laundering Policy: Blacklisting, measures against letterbox companies, AML regulations and a European executive*. European Parliament, 2020.

UNITED NATIONS. *Independent Inquiry Committee of the United Nations Oil-for-Food Programme Report*, Washington, 2005.

URRY, John. *Offshoring*. Oxford: Polity, 2014.

VALARINI, Elizangela; POHLMANN, Markus. “Organizational crime and corruption in Brazil a case study of the ‘Operation Carwash court records’”. *International Journal of Law, Crime and Justice*, v. 59, 2019.

VAN DIJK, Teun A. “Análisis del discurso”. *Anthropos*, 186, septiembre-octubre, 1999.

VAN LANGE, Paul. “Beyond Self-interest: A Set of Propositions Relevant to Interpersonal Orientations”. *European Review of Social Psychology*, v. 11, 2000.

VERVAELE, John A. “La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea”. *Revista Penal*, n. 15, 2005.

WEBER, Max. *¿Que es la burocracia?*, Buenos Aires: Libros Tauro, 2006.

WEEKLEY, Ernest. *An etymological dictionary of modern english*. New York: Dover Publications ,1967.

WELLING, Sarah. “*Money Laundering and the Federal Criminal Law: The Crime of Structuring Transactions*”. *Florida Law Review*, v. 41, n. 2, 1989.

WILLEBOIS, Emile van der Does de; *et al.* *The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*. World Bank: Washington, 2011.

ZAMORA MEDINA, Rocío. *El candidato marca: cómo gestionar la imagen del líder político*. Madrid: Fragua, 2009.

ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. “El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos: su investigación. Cuadernos de Derecho judicial, 1994.

ZÜND, André. *Geldwäscherei: Motive - Formen - Abwehr*, in: Schweizer Treuhänder, 1990.