

En el presente artículo, el Dr. Antonio de la Haza realiza un análisis de la aplicación de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, respecto de los clientes sensibles y los denominados clientes PEP, persona expuesta políticamente, en el marco de la exigencia de la política bancaria de conocimiento del cliente como principio de prevención del lavado de activos.

---

## NO SE LO DIGAS A NADIE, PERO TENGO UN BANCO DE DATOS DE CLIENTES SENSIBLES, LA GESTIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL SISTEMA FINANCIERO PARA LA PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS



Antonio de la Haza Barrantes\*

---

**Palabras Clave:** Banco de datos personales, clientes sensibles, sistema financiero, lavado de activos

### A manera de introducción

En la película *El Nombre de la Rosa*, dirigida por Jean – Jacques Annaud (1986) el actor *Sean Connery* representa a un sacerdote franciscano de nombre Guillermo de Baskerville, hombre perspicaz, pues descubre que todos en la abadía tienen algo que ocultar debido a que se originan en aquel lugar trágicos hechos.

“Por eso se guardaban con tanto celo algunos libros considerados como “prohibidos”: tal es el caso de “Poética”, escrito por Aristóteles, cuya única copia se encuentra resguardada de ojos curiosos en el edificio (la biblioteca) ya que el filósofo sostiene a través de sus ejemplos – todos cómicos – que es a través de la risa que se puede dar gloria a Dios, cosa que Jorge de Burgos – uno de los monjes benedictinos más viejos entre los que habitan este monasterio – sostiene que la risa no es buena para el hombre: afirma que el libro podría incitar a los hombres a perder el miedo al infierno y no necesitar a Dios”<sup>1</sup>.

La escena descrita grafica lo que viene ocurriendo en general en los sistemas financieros de América Latina y en especial en el Perú donde los paradigmas de prevención de lavado

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Con Postgrado en Penal Económico por la Universidad Castilla-La Mancha, España. PhD Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Oficial de Cumplimiento Alterno en Prevención de Lavado de Activos con certificación FIBA para las empresas del Grupo Scotiabank. Ex docente en la Universidad de Lima, Universidad San Agustín de Arequipa y, actualmente, docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú

1 WIKIPEDIA, *El Nombre de la Rosa* (película). Consulta: 30 de marzo de 2015. [https://es.wikipedia.org/wiki/El\\_nombre\\_de\\_la\\_rosa](https://es.wikipedia.org/wiki/El_nombre_de_la_rosa)

de activos se vienen rompiendo. Así, antes el tema giraba en relación a la tipicidad del delito de lavado de activos, si debería ser considerado como un delito autónomo o no; es decir, si dependía de la comisión de un delito precedente como puede ser el narcotráfico, el terrorismo, la defraudación tributaria o del contrabando para que una persona sea condenada por lavado de activos.

Hoy los nuevos paradigmas giran alrededor de la elaboración de una metodología de identificación y evaluación por riesgo, así como también de la protección de los datos de personas dentro de un derecho fundamental de la persona y todo aquello vinculado con el dinero electrónico. Nuestra propuesta en la presente monografía gira entorno a uno de esos nuevos paradigmas como es la protección de los datos personales, transparencia de la información y su relación con la administración del riesgo. En nuestros días, el Estado desea ser el guardián de la verdad, el custodio del buen comportamiento y el más estricto cumplidor de reglas, celoso de cierta información que la considera como “prohibida”, como lo grafica Jorge de Burgos el monje Benedictino en *El Nombre de la Rosa*.

Pero, lo que genera en realidad el gobierno central son mensajes contradictorios; por un lado, se indican que debes conocer al cliente desde el comienzo de una relación comercial, que debes aplicar una debida diligencia mejorada cuando te encuentres frente a un cliente sensible como puede ser la persona políticamente expuesta (en adelante, PEP), que todo ello se encuentra bajo el marco del Plan Nacional de Lucha Contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo<sup>2</sup>.

2 D.S. N°057-2011-PCM. Plan Nacional de Lucha Contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo y la Creación de la Comisión Ejecutiva Multisectorial Contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo.

Por otro lado, señalan que existe una Ley de Protección de Datos Personales, Ley N° 29733, que menciona que no debes tener información de tu cliente o que la misma no debe estar contenida en un banco de datos personales sin haber obtenido del cliente la autorización expresa para ello<sup>3</sup>. Entonces generan controversias, dudas y malestares para las empresas bancarias requeridas a implementar un sistema de prevención de lavado de activos.

Nuestro objetivo a lo largo de las líneas siguientes es el demostrar que no es susceptible de aplicación la Ley de Protección de Datos Personales N° 29733 en relación a los clientes sensibles y, dentro de todos los clientes sensibles, en especial en el denominado cliente PEP en el tema de la prevención de lavado de activos.

Las empresas bancarias deben hacer un alto y plantearse una nueva estrategia que no es otra cosa que el arte de pensar y repensar aquello que está frente a nosotros y que se presenta como verdadero, dándole su propio contenido dentro de lo que debe ser la prevención del lavado de activos en el derecho bancario.

Consideramos que el Estado parte de una premisa equivocada, pues se asume que todas las personas requieren de la protección de una autoridad nacional de protección de datos personales, encargada de cuidar la privacidad de las personas más allá de sus decisiones, busca brindar protección a aquella información que se entiende como

3 Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales

Artículo 2.- Definiciones. Para todos los efectos de la presente Ley, se entiende por:

1. Banco de datos personales. Conjunto organizado de datos personales, automatizado o no, independientemente del soporte, sea este físico, magnético, digital, óptico u otros que se creen, cualquier fuere la forma o modalidad de su creación, formación, almacenamiento, organización y acceso.

pública pero que la autoridad entiende que no es así; en otras palabras se está externalizando el costo de un problema que termina siendo asumido por terceros, en este caso por la empresa de operaciones múltiples llamada banco.

Todo lo dicho genera preguntas a falta de pautas que nos pueda dar el supervisor de Unidad de Inteligencia Financiera como son: ¿qué debo comprender por protección de datos personales para la prevención de lavado de activos?, ¿cómo implemento una metodología por riesgo si ahora debo de contar con autorización previa del cliente para obtener su información sensible?, ¿qué deberá de esperar la empresa bancaria si tuviere un cliente políticamente expuesto que calificara como lavador de activos?, ¿qué tipo de responsabilidad genera implementar un banco de datos con información negativa de sus clientes para una empresa de operaciones múltiples dentro de la política de prevención de lavado de activos y de la protección de datos personales?<sup>4</sup>.

Para dar respuesta a las interrogantes planteadas, los bancos deben tener presente que frente a un interés privado existe también un interés colectivo público que se traduce en la salvaguarda de un sistema político económico confiable; por lo tanto, consideramos que hay una relación muy estrecha entre cliente y privacidad.

Ahora, lo primero que debemos de resolver es el alcance de conocimiento del cliente y su relación con la privacidad para las empresas bancarias dentro de un marco teórico.

4 Comprendemos por riesgo de lavado de activos, como aquella posibilidad de pérdida que surge por la falta de cumplimiento en aplicar una debida diligencia en conocer a los clientes, de proporcionar productos o servicios sin controles adecuados, en operar en zonas geográficas que no cuentan con políticas o procedimientos en la prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

#### a.- Del cliente

El cliente será para una empresa bancaria toda persona natural o jurídica con la que se establece o se mantiene una relación comercial para la prestación de algún producto o servicio propio del sistema financiero, sean estas personas habituales u ocasionales, nacionales o extranjeros.

Por su parte, cliente sensible, es toda aquella persona que por su actividad económica o comportamiento representa algún nivel de riesgo para la entidad bancaria.

Será por actividad; es decir por el tipo de negocio que engloba un mayor riesgo y podría ser proclive a realizar operaciones de lavado de activos, lo que demandará de una adecuada identificación para determinar la naturaleza de la relación comercial, pues podría tratarse de una actividad económica ilegal o cuya legalidad es cuestionable o es tan inapropiada que expone al banco a riesgos no solamente legales sino también a riesgo de buenas prácticas comerciales con lo que equivaldría a decir que es un negocio restringido.

Por otro lado, la segunda posibilidad es que fuere por comportamiento, en dicho caso será aquel cliente que, no siendo sensible por actividad, genera alertas al romper con su perfil con el cual se venía conduciendo como puede ser, por ejemplo, en el uso intensivo en dinero en efectivo.

En ambos casos, ya sea por actividad o comportamiento al cliente sensible se le debe aplicar algún tipo de procedimiento de supervisión, pudiendo ser los mismos a) una debida diligencia, régimen general; o, b) una debida diligencia, régimen especial que, a su vez, puede ser simplificado o reforzado.

- Debida diligencia régimen general: implica el conocimiento del cliente, el

determinar el propósito y naturaleza de la relación comercial.

- Debida diligencia régimen especial: engloba el régimen general pero adicionalmente es el identificar al cliente que podría representar un mayor riesgo para las operaciones de lavado de activos.
- Debida diligencia régimen especial simplificado: también engloba el régimen general, pero en relación a los productos, servicios y canales de distribución con los que el cliente interactúa, se encuentra mitigado el riesgo de lavado de activos mediante límites o tipo de transacciones disponibles.
- Debida diligencia régimen especial reforzado o debida diligencia reforzada: el mismo que se aplicará al cliente que no corresponde a su giro de negocio y perfil, lo que implica recopilar mayor información y verificar la misma.

Por lo expuesto, concluimos sin mayor reparo que la debida diligencia es parte del proceso “conozca a su cliente”; ahora, lo que nos toca desarrollar son las herramientas procedimentales que nos facilitan la labor de supervisión del cliente a través de sus cuentas bancarias.

### **Herramientas procedimentales que facilitan la labor de supervisión**

En el caso de los bancos, en el Perú, que a la fecha suman en promedio 16, han optado, en su mayoría, por un sistema centralizado de monitoreo de transacciones para la prevención del lavado de activos. Aplican una metodología de identificación y evaluación por riesgo, ya sea por operaciones y/o servicios, generando alertas en base al segmento al que pertenece el cliente, teniendo en cuenta por ejemplo las reglas siguientes:

- Regla de efectivo: genera alertas para ser evaluadas de forma semanal, con base en el monto acumulado de depósitos en efectivo.
- Regla de velocidad: genera alertas con base en los ingresos y salidas de fondos (por ejemplo entre 80% a 400% de los ingresos) para ser evaluadas en forma semanal.
- Regla de órdenes de pago: genera alertas para ser evaluadas de forma mensual, con base en el monto acumulado de órdenes de pago del exterior.
- Regla de perfiles: genera alertas para ser evaluadas de forma mensual, con base en la identificación de clientes de alto riesgo, cuyas operaciones superaron el perfil histórico de un año del cliente.

Dentro del marco teórico de lo que debe ser el conocimiento del cliente y las herramientas que facilitan el procedimiento de su supervisión, como hemos venido desarrollando, se han identificado 27 actividades sensibles de negocios que generan para el banco algún nivel de riesgo independiente de la persona natural o jurídica que pueda participar en ella.

### **Los clientes sensibles se clasifican por el tipo de negocio:**

1. Servicios financieros no reglamentados.
2. Actividades de venta cuestionables.
3. Juegos de azar, pornografía y servicios relacionados con el sexo.
4. Negocios que pueden provocar críticas o publicidad desfavorables para el banco.
5. Empresas de transferencia de dinero y venta de títulos negociables.

6. Casinos de juego (autorizados).
7. Operadores de cajeros automáticos privados.
8. Empresas pago de planilla.
9. Agencias de viajes.
10. Comerciantes de joyas y metales preciosos.
11. Empresas de importación o exportación.
12. Minería informal.
13. Fideicomiso.
14. Negocios que manejan montos elevados en efectivo.
15. Partidos y organizaciones políticas.
16. Persona pública o expuesta políticamente (PEP).
17. Personas naturales no residentes.
18. Personas jurídicas extranjeras no residentes.
19. Personas naturales o jurídicas sobre las que se les ha levantado el secreto bancario o reserva bursátil.
20. Servicios de correspondencia.
21. Servicios de agenciamiento.
22. Cuentas sobre las cuales se han generado informes de actividad sospechosa.
23. Clientes ubicados en paraísos fiscales o financieros u off shore.
24. Clientes con alerta en el banco de datos.
25. Clientes que reciben transferencias desde países ubicados en las listas OFAC.

26. Las personas jurídicas o naturales que reciban donaciones o aporte de terceros (asociaciones o ONG).

27. Relaciones con embajadas y consulados.

De todas las actividades sensibles mencionadas, hemos seleccionado aquellas que consideramos que se encuentran en un menor o mayor grado vinculada a la persona natural, y que, por ende, se requiere de una mayor información y de la aplicación de una “medida recomendada” en calidad de mitigante frente al riesgo de lavado de activos para que pueda ser considerado cliente y entre aquellas que estarían en el umbral de protección de la llamada Ley de Protección de Datos Personales N° 29733, decimos esto porque solamente la persona natural y no la persona jurídica es objeto de protección por la ley indicada.

#### 1. Actividades de venta cuestionables

Este grupo de actividades puede estar relacionado al riesgo de fraude o el crimen organizado, por ejemplo esquema de venta piramidal, servicios financieros no reglamentados.

#### Medida recomendada

Aplicar la debida diligencia reforzada.

#### 2. Juegos de azar, pornografía y servicios relacionados con el sexo

Actividad que representa riesgo independientemente de su condición legal en una jurisdicción específica.

#### Medida recomendada

Aplicar la debida diligencia reforzada.

#### 3. Partidos políticos o movimientos y organizaciones políticas

Asociación de ciudadanos que se constituyen en personas jurídicas de derecho privado cuyo objetivo es participar por medios lícitos, democráticos, de los asuntos públicos del país, debidamente inscritos en el registro de organizaciones políticas.

#### Medidas recomendadas

Verificar que la organización política esté constituida legalmente.

El acceso a los servicios o productos bancarios exclusivamente al tesorero del partido o movimiento u organización política, quien es el designado de acuerdo al Estatuto, junto con el suplente.

Que la contribución recibida por los simpatizantes del partido político o movimiento y organización política en cuenta por una misma persona natural o jurídica, bajo cualquier modalidad no superen a número de predeterminado por el banco de Unidades Impositivas Tributarias.

#### 4. Personas Públicas o Expuesta Políticamente (PEP)

En el caso del Perú se considera según legislación local como persona expuesta políticamente, aquellas personas naturales que cumplen o hayan cumplido funciones públicas destacadas en los últimos dos (2) años sea en el territorio nacional o extranjero y cuyas circunstancias financieras puedan ser objeto de un interés público.

#### Medida recomendada

Por ejemplo: que la persona pública o políticamente expuesta presente declaración de origen de fondos, viva u ocupe su cargo en la jurisdicción.

#### 5. Personas naturales no residentes

#### Medida recomendada

Por ejemplo: verificar la identidad solicitando la presentación del pasaporte y segundo documento oficial (licencia de conducir, carné del seguro, documento nacional de identidad de su país,) y que se realice la verificación domiciliaria.

#### 6. Personas naturales sobre las que se les ha levantado el secreto bancario o la reserva bursátil.

Conformado por el banco de datos de personas naturales a las que se le ha levantado el secreto bancario o reserva bursátil por la presunción de la comisión del delito de lavado de activos o la comisión de algún delito como son: narcotráfico, terrorismo, contrabando, defraudación tributaria, secuestro, tráfico de armas y personas, proxenetismo, extorsión y delitos contra la administración pública.

#### Medida recomendada

El cliente presenta documentos legales que lo desvincule del caso o proceso.

#### 7. Cliente persona jurídica ubicado en paraísos fiscales o financieros u off shore

#### Medida recomendada

Por ejemplo: contar con los documentos que acrediten el nombre de sus directores, ejecutivos y principales accionista, todos ellos deben ser personas naturales (información sobre la constitución de la empresa).

#### 8. Cientes con alerta positiva en el banco de datos

La empresa bancaria no debería aceptar como cliente aquellas personas que figuren registradas en un banco de datos con información negativa, al poder asumir un riesgo

reputacional por encontrarse vinculado al delito de lavado de activos.

#### Medida recomendada

Por ejemplo: el cliente haya operado con el banco sin una publicidad desfavorable y por un periodo considerable.

#### 9. Clientes que reciben transferencias desde países ubicados en la listas OFAC

#### Medida recomendada

Por ejemplo: el país donde está ubicado el cliente cuente con un plan de acción y un compromiso político con el GAFI para superar sus deficiencias antilavado de activos.

#### 10. Las personas naturales que reciban donaciones o aporte de terceros (ONG o asociaciones sin fines de lucro).

Una ONG es una organización no gubernamental, que adopta principalmente la forma de asociación, fundación, corporación o cooperativa. Es una entidad de carácter civil, creada independientemente del gobierno local, regional, nacional o de organismos internacionales, creada con el objetivo de optimizar el bienestar público.

#### Medida recomendada

Por ejemplo: la organización cuente con la autorización debida por parte del Estado para operar como tal.

#### 11. Relaciones con embajadas y consulados

#### Medidas Recomendadas.

Por ejemplo: el país no debe presentar inestabilidad política, contando adicionalmente con presencia física de su personal en la jurisdicción.

A continuación, de todos los clientes sensibles vinculados de forma directa o indirecta a la persona natural indicados (11 actividades por tipo de negocio) deseamos desarrollar con mayor detenimiento el vinculado al cliente PEP, pues consideramos que es hoy para los bancos donde la persona natural que trabaja para el Estado le genera un mayor nivel de riesgo, no solamente por lavado de activos, sino por temas de corrupción.

#### **El cliente PEP.- La Persona Pública o Expuesta Políticamente**

El cliente sensible PEP, para una empresa bancaria, es la persona natural nativa o no, a quien se le confía o ha confiado una función pública prominente, incluidos los jefes de Estado o de gobierno, políticos y funcionarios de alto rango, funcionarios judiciales o militares, ejecutivos de alto rango de corporaciones privadas y funcionarios importantes de partidos políticos. Tenemos por otro lado la Ley N° 30161 que indica que aquellas personas que laboran para el Estado deberán presentar declaración jurada patrimonial y rentas; y, la norma penal, Ley N°30124, que modifica el artículo 425 del Código Penal, referido al concepto de funcionario o servidor público.

El problema nace con el cliente PEP entendido como el mal funcionario o servidor público, que ejerce el poder de forma equivocada acumulando ilegalmente fortunas de los fondos del país, ocultando tales fondos en otras jurisdicciones a través de sociedades fantasmas o bajo los nombres de parientes y/o socios cercanos. El objetivo de conocer a un PEP como cliente sensible es en el fondo hacer frente a los delitos de lavado de activos en cualquiera de sus modalidades y que la empresa bancaria no se vea involucrada al estar sujeta a imposición de multas y sanciones penales, para ello deberá aplicar una mayor diligencia debida mejorada, que no es otra cosa que ser sutil en la supervisión.

América latina tiene varios casos muy presentes de ex presidentes que han sido procesados o investigados por temas de corrupción como Gustavo Noboa y Abdala Bucarán en el Ecuador, Carlos Andrés Pérez en Venezuela, Juan Carlos Wasmosy y Luis González Macchi en Paraguay, Carlos Menen en Argentina, Alejandro Toledo de Perú y entre los actuales líderes la presidenta de Argentina Cristina Fernández y Dilma Rousseff de Brasil.

Las siguientes noticias periodísticas nos ayudarán a comprender mejor como debe operar la privacidad en relación con las personas expuestas políticamente y porque debo de conocerle y no es aplicable en el presente caso la ley de protección de datos personales.

Uno de los casos más emblemáticos que ha tenido América Latina y a pesar del tiempo transcurrido no deja de ser mencionado entre los círculos académicos es el de Riggs Bank y su cliente el expresidente de Chile Augusto Pinochet.

El Riggs Bank, uno de los bancos más importantes de los Estados Unidos de Norteamérica, se declaró culpable de lavado de activos por haber ocultado las cuentas secretas de Augusto Pinochet, sólo en el mes de marzo de 1999 Pinochet transfirió 1.6 millones de dólares de Londres a los Estados Unidos.

El acuerdo convenido entre el Riggs National Bank y el Ministerio de Justicia de USA, implica que el Riggs pague US\$ 16 millones de multa, por la infracción cometida al haber escondido las cuentas de Pinochet y no haberlas reportado a la autoridad.

En su declaración de culpabilidad del Riggs National Bank, reveló que manejó cuentas de Pinochet desde principios de 1980, dinero que estaba a su nombre, a

nombre de su cónyuge y de algunos agregados militares.

Entre 1985 y 2004, Pinochet para el manejo de sus cuentas utilizó los seudónimos “Zorro Rojo”, “el cliente de Washington”, “AP. Ugarte”, “APU” o “A.Ugarte”.

El dinero pasaba a través de dos cuentas en las Bahamas registradas como Ashburton y Althorton, los saldos fueron US\$ 4.5 millones y de 4 millones, respectivamente (...) <sup>5</sup>.

5 Ver Diario La República - Lima Perú, lunes 31 de enero de 2005 y Noticiero CNN en español martes 29 de marzo de 2005.

También debemos recordar que Pinochet, ha sido procesado en Chile por ejecuciones extrajudiciales, secuestros, desapariciones, inhumación ilegal, genocidio, tortura, exilio forzado y persecución política por razones ideológicas, fraude al fisco, malversación de fondos y cohecho. Falleció en el año 2006 sin haber sido sentenciado o absuelto por los delitos que se le imputaron.

Otro caso muy similar que no corresponde a la aplicación del principio de conocimiento del cliente PEPs sino a la aplicación del principio del conocimiento del empleado bancario y está vinculado al riesgo reputación, corresponde al del Bank of New York que pagó US\$ 38 millones por lavado de activos. El banco convino en pagar 26 millones de dólares a las autoridades y los restantes 12 millones a las víctimas del caso, que se cree involucró el lavado de unos 7.000 millones de dólares. La entidad también acordó una serie de cambios a sus políticas internas de control y a ser supervisado por una entidad externa. En el 2000 una antigua ejecutiva del Bank of New York, Lucy Edwards, y su esposo, Peter Berlín, de origen ruso, se declararon culpables de blanqueo de dinero. Edwards ocupaba la vicepresidencia de la división para el Este de Europa del banco hasta que fue despedida en 1990 tras conocerse que las autoridades de EEUU habían descubierto millonarias transacciones ilegales de dinero ruso a través de cuentas abiertas en esa entidad. La pareja reconoció haber recibido más de un millón de dólares a cambio de establecer un plan para que entidades bancarias rusas pudieran operar desde oficinas abiertas en Queens y Jersey (Nueva Jersey) y a través de ellas realizar blanqueo de dinero. Durante las investigaciones, que comenzaron en 1998, las autoridades descubrieron transferencias de miles de millones de dólares, entre 1996 y 1999, a través de cuentas abiertas en Bank of New York por las compañías Benex International y Becs International, de las que era presidente Berlín. <<http://actualidad.terra>.

El caso de Pinochet es sumamente ilustrativo porque nos permite definir al cliente PEP como la persona natural que tiene una función pública relevante, y la responsabilidad del banco, que nace por haber ocultado, en su momento, el origen ilegal de los fondos mantenidos en la cuenta bancaria al no haber aplicado debidamente la política de conocimiento del cliente, declarándose culpable de haber permitido el lavado de activos.

Otro caso:

Hugo Chávez: investigan en España a ex altos cargos chavistas por blanqueo.

Cuatro ex altos cargos del gobierno de Hugo Chávez y dos empresarios venezolanos están presuntamente implicados en un caso de blanqueo de dinero en España, según un informe de la unidad española ant blanqueo (Sepblac) al que tuvo acceso el diario El Mundo<sup>6</sup>.

es/nacional/artículo/banco\_pagadolares\_multa\_caso\_585275.h>

6 Ver Diario Perú 21 – Lima Perú

<<http://peru21.pe/mundo/espana-investigacion-ex-altos-cargos-hugo-chavez-blanqueo-221>>

Fecha de consulta: 30 de marzo de 2015

La Corporación Federal de Seguros de Depósitos de los EE.UU (por sus siglas en inglés FDIC) y el Departamento Bancario del Estado de Nueva York amonestaron al Bank of Tokyo – Mitsubishi UFJ Trus Company el lunes por prácticas “inseguras e ineficientes” en su sucursal de Nueva York.

En una orden conjunta de cesar y desistir y un acuerdo escrito separado de 10 páginas, los reguladores estatales y federales citaron al cuarto banco más grande del mundo por un programa antilavado de dinero deficiente que omitió capacitar a los empleados acerca de las obligaciones de la Ley Secreto Bancario (LSB), incluyendo la identificación de figuras políticas y sus asociados – a menudo conocidas como personas expuestas políticamente o PEPs.

El banco japonés ha tenido su porción de clientes de alto riesgo, incluyendo al exilado presidente peruano Alberto K. Fujimori. El año pasado, las autoridades peruanas descubrieron que Fujimori, antes de asumir su cargo en 1990, instruyó a un asociado político para que abriera una cuenta en una sucursal japonesa del Bank of Tokyo a nombre de la embajada peruana. La propiedad

Hoy, podemos afirmar que se considera que todas las personas naturales que prestan algún tipo de servicio para el Estado en temas económicos son públicas. Sin embargo, es oportuno diferenciar que siendo todos de una u otra manera pública no todos llegan a tener una connotación tal de ser “expuestos” a una serie de peligros como puede ser la corrupción; nos explicamos a través de diversos titulares de diarios donde se ha publicado lo siguiente:

Tribunal Supremo de España confirmó la pena de dos años de cárcel para la cantante Isabel Pantoja por lavado de dinero (...) deberá pagar una multa por más de un millón de euros (US\$ 1.358.000)<sup>7</sup>.

Una corte española confirmó este viernes la imputación de Cristina de Borbón por cooperación en dos delitos contra la Hacienda Pública, mientras que archivó la imputación por lavado de dinero informó el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares<sup>8</sup>.

Banca Pública de Brasil. La actividad ilícita se produjo en la Caixa Económica Federal, el segundo mayor banco estatal. Ayer se giraron 34 órdenes de conducción y 10 órdenes para separar a funcionarios de sus cargos; también se decomisaron vehículos y se bloquearon cuentas.

de la cuenta, supuestamente creada para aceptar donaciones para los niños pobres del Perú, fue posteriormente transferida a Fujimori

Noticia publicada en la página web de lavado de dinero.com el 21.12.06 por Selina Román sroman@moneylaunderin.com

7 España: Tribunal confirma sentencia contra Isabel Pantoja

<<http://peru21.pe/isabel-antoja-tribunal-confirma-sentencia>> Fecha de consulta: 30 de marzo de 2015

8 España: Corte confirma imputación de infanta Cristina por 2 delitos fiscales. <<http://peru21.pe/mundo/espana-corte-confirma-imputacion-infanta-cristina>>

Fecha de consulta: 30 de marzo de 2015

La policía brasileña desarticuló hoy, martes 17 de marzo 2015, una red de corrupción acusada de haber desviado cerca de 100 millones de reales (unos 31.2 millones de dólares) de la Caixa Económica Federal, el segundo mayor banco público de Brasil, informaron fuentes oficiales.

Los miembros de la banda son acusados de promover fraudes con créditos para la adquisición de viviendas, que la Caixa Económica Federal desembolsaba pese a que carecían de garantías o eran para la compra de inmuebles inexistentes o por un valor en mil por ciento superior al real, informó la Policía Federal brasileña en un comunicado.

La operación para desmontar la red de corrupción enquistada en la Caixa Económica Federal, una de las más importantes empresas estatales de Brasil, se produce en momentos en que la Policía, la Fiscalía y el Congreso investigan un gigantesco escándalo por desvíos en la petrolera Obras, la mayor empresa del país y también pública, caso por el que la presidenta Dilma Rousseff enfrenta una gran crisis política.

El caso de corrupción en Petrobras es investigado desde hace un año y por el mismo ya han sido condenados once personas y son juzgadas otras 82, en tanto que la Corte Suprema autorizó investigar a 50 políticos con fuero privilegiados, 35 de ellos parlamentarios, de los que se sospecha que se beneficiaron de los millonarios desvíos

La indignación con la corrupción en Petrobras fue señalada como el principal motivo de las protestas antigubernamentales que movilizaron a cerca de dos millones de brasileños el pasado domingo en diferentes ciudades (...).

Los fraudes estaban concentrados en tres agencias del banco público y facilitaban los préstamos para viviendas en un área turística conocida como la “región de los lagos” en el estado de Río de Janeiro.

Los involucrados en la organización pueden ser acusados de los delitos de asociación para delinquir, falsificación de documentos públicos, fraude, corrupción activa, corrupción pasiva y lavado de dinero<sup>9</sup>.

El brasileño Edson Cholbi Do Nascimento más conocido como “EDinho”, es hijo del considerado mejor jugador de fútbol de la historia y hoy, cuando su selección se disputa el pase a la final, la justicia lo alcanzó para no soltarlo.

A sus 43 años, él fue condenado en mayo último a 33 años de cárcel por el delito de lavado de dinero procedente del tráfico de drogas, pero no fue recluso de inmediato. Apeló la sentencia en primera instancia, pero esto no le sirvió para librarse de las rejas.

Edinho, uno de los siete hijos de Edson Arantes Do Nascimento “Pelé”, fue procesado desde el año 2005, cuando se le acusó de tráfico de drogas, lo cual negó. Lo que si reconoció entonces fue reconocer que era consumidor de dichas sustancias.

Ese proceso fue anulado por el Tribunal Superior de Justicia de Brasil en 2008, pues consideró que tanto a Edinho como a los otros nueve acusados se les había obstruido el debido derecho a la defensa.

9 Banca Pública de Brasil: Desmantelan red acusada de desviar \$31.2 millones ligados a créditos para vivienda. <<http://www.prensa.com/mundo/Brasil-corrupción-caixa>> Fecha de consulta: 30 de marzo de 2015

El asunto prosiguió en tribunales, pero centrado en la acusación de lavado de dinero, por la cual un tribunal de primera instancia de estado de Sao Paulo declaró culpables al hijo de Pelé y otras cuatro personas.<sup>10</sup>

10 Detuvieron a hijo de Pelé, estará 33 años en la cárcel por lavado de dinero. <<http://www.larepublica/node>>

Fecha de consulta: 01 de abril de 2015

Hobby: Evadir impuestos. Sophia Loren pasó 18 días en una cárcel italiana por no cumplir sus pagos con el Estado, otros que sucumbieron a la tentación fueron Al Capone, Pavarotti y hasta el mexicano Juan Gabriel.

Si bien los ricos y famosos aprenden a sortear sus problemas y muchos viven extravagantemente sin preocupaciones, hay dos cosas en esta ingrata vida que nunca podrán evitar: esa amante repentina que a todos nos conquista: la muerte, y esa prostituta que tampoco avisa y se encarga de saquear todo nuestro dinero: los impuestos.

Y son precisamente estos impuestos el principal temor de aquellos que detentan el poder y la riqueza. ¿por qué? Quizás nuestro país no sea un claro ejemplo, pero en el extranjero, aquél que más tiene más paga. Y si bien a muchos magnates les gusta ganar, de igual manera detestan pagar. Es una trampa en la que casi todos se cuidan de no caer.

(...) Alphonse Capone, uno de los gánsters más famosos de Estados Unidos, supo imponer un nuevo deporte: huir de la ley. En la época de la guerra seca y las disputas entre las mafias, Al Capone se las arreglaba para burlar a la justicia. Sin embargo, se olvidó de un pequeño detalle. Dejó de pagar impuestos durante cuatro largos años, y por tal motivo fue sentenciado a once largos años en prisión y a pagar una multa de 80 mil dólares. Fue la única manera de acorralarlo y sentenciarlo.

Pero este era un personaje requerido por la justicia. Otra “joyita” que no gustaba de pagar la luz, el agua y demás es el tenor Luciano Pavarotti, acusado dos veces por evasión de impuestos. En la primera oportunidad, fue obligado a pagar 11 millones de dólares por concepto de multa a las cortes italianas en el año 1999. No contento con este castigo. Se “olvidó” de cumplir con sus cuentas en el año 2002. Pero la segunda vez tuvo suerte. No fue condenado y se salvó de soltar la friolera de 18 millones de dólares a los tribunales.

Otro que se ha visto envuelto en un problema similar es el divo mexicano Juan Gabriel, quien se olvidó de cumplir con el fisco entre los años 1994 y 1997.

El cantante se escudó acusando a su representante, quien le aseguró que se iba a encargar de cancelar la pequeñísima deuda de 5 millones de

Es de deducir que el ser Isabel Pantoja, Cristina la hermana del Rey de España Felipe VI, los funcionarios del gobierno de la presidenta de Brasil Dilma Rouseff y otras personas públicas, no representan todos el mismo nivel de riesgo por el impacto que puede generar en la sociedad civil, en su conjunto, por el tema de lavado de activos dentro de la política de conocimiento del cliente. En el fondo, una empresa bancaria debe saber explicar lo que hacen sus clientes en relación a los productos y servicios que brinda.

Se calcula que existen aproximadamente no menos de 500,000 personas identificadas como cliente PEP en todo el mundo, nombres a los cuales se puede acceder a través de diferentes bancos de datos o listas disponibles en intranet como Word Bank’s “Debarred” List, Interpol Wanted Fugitives Search Page, FATF’s Non-Cooperative Countries and territories List, OECD’s Tax Haven List, Canada’s OFSI’s Unauthorized Financial Institutions List, CIA’s Monthly “Senior Foreign Political Figures” or “PEPs” List.

Es importante destacar que por Resolución SBS N° 838-2008, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) normó lo que debemos comprender por cliente PEP. Adicionalmente, señala, entre otras cosas, en la Ley General del Sistema Financiero

dólares que tenía con el estado. Hecho que nunca sucedió.

Las divas tampoco se salvan de este terrible mal. La actriz italiana Sophia Loren las vio negras cuando estuvo 18 días en una cárcel italiana acusada de no cumplir con el pago de sus impuestos. Muy amoroso, su esposo la acompañó en su dolor durante algún tiempo: tampoco había pagado las apuestas que hizo en eventos deportivos y fue llevado a prisión.

Al igual que ella, Matha Stewart, la reina de la decoración y el buen gusto, no tiene ningún reparo en satisfacer sus más costosos caprichos. En el año 2002, estos pequeños engreimientos le costaron una visita al juez: evadió impuestos estatales por la pequeñísima suma de 220 mil dólares. Además de pagarle al estado, tuvo que cancelar algunas multas. Un sencillo... Nada más. Ver, Diario El Comercio, domingo 4 de abril del 2004. Pag C8.

y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, Ley N° 26702, en el artículo 159 que toda empresa del sistema financiero antes de otorgar un crédito deberá requerir a toda persona natural o jurídica (sin importar su condición) información que con carácter general establezca el regulador Superintendencia de Banca, Seguro y AFP. En caso de negarse a proporcionar dicha información no podrá otorgarse crédito alguno.

Sin embargo, ahora el regulador SBS, mediante Oficio N° 7139-2015-SBS, indica a los bancos que el tratamiento de la información de datos personales de los clientes o de terceros debe ser conforme a la legislación vigente, Ley N° 29733, siendo de aplicación el artículo 7-A del Reglamento de la Gestión Integral de Riesgos, Resolución N° 37-2008.

Consideramos que el regulador no ha resuelto el tema de fondo en los asuntos de su competencia, pues no se trata únicamente de riesgo, sino de manifestar cómo se debe recabar la información para conocer al cliente sin incumplir la Ley de Protección de Datos Personales. No se ha planteado ninguna excepción para la prevención de lavado de activos a favor de las empresas bancarias.

El banco de datos de las personas calificadas como PEP es una lista subjetiva, ello significa que no hay necesariamente dos bancos de datos idénticos entre las mismas empresas bancarias, pues si una persona califica como cliente PEP para el banco A pueda ser que para el banco B dicha persona no tenga el perfil para ser considerado como tal, ya sea porque en uno solamente tiene operaciones pasivas y para el otro tiene tanto operaciones pasivas, activas y neutras. Pero ello no significa que cuando se le solicite información a la empresa bancaria por parte de la autoridad competente se pueda negar a proporcionarla por no haberlo calificado como un cliente PEP.

En líneas generales podemos señalar que en el caso del Perú cada empresa bancaria ha elaborado sus propios bancos de datos de PEP según sus propios criterios a saber y entender, mediante manuales, normativas internas aplicando principios de prevención en materia de lavado de activos, como son el de conocimiento del cliente, del mercado, del empleado y de la banca corresponsal, como tales procuran ser los más objetivos posibles; habiendo un criterio generalizado en considerar:

- a. Poder Ejecutivo: Presidente de la República, Ministros.
- b. Poder Legislativo: Congresistas.
- c. Poder Judicial: Vocales de la Corte Suprema, Fiscal de la Nación.
- d. Organismos autónomos: miembros del Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República, Defensor del Pueblo, Presidente del Banco Central de Reserva del Perú, Superintendente de Banca, Seguros y AFP.
- e. Altos mandos de las Fuerzas Armadas y Policiales.
- f. Miembros de los gobiernos locales y regionales: Alcalde de la capital de la República, Presidente Regional.
- g. Las personas vinculadas con alguna de las personas anteriormente señaladas por el parentesco, comprendiendo al cónyuge, ascendientes y descendientes de primer y segundo grado de consanguinidad y primero y segundo grado en línea de afinidad.
- h. Los periodistas, directores, accionistas de los medios de comunicación o aquellas personas que trabajen o colaboren con los medios de comunicación y cuya

opinión podría ser relevante para la vida pública y política del país.

Como se podrá deducir en todos los supuestos mencionados el elemento en común son personas naturales vinculadas a los poderes del Estado que tienen la posibilidad de acceder o manejar recursos públicos.

### **De la aceptación de un PEP como cliente de una empresa bancaria**

Como parte del sistema de prevención del lavado de activos, de acuerdo a lo dispuesto por la SBS, la decisión de aceptación del cliente considerado PEP estará a cargo del nivel gerencial más alto de la empresa bancaria<sup>11</sup>. Ello es muy importante de resaltar, pues ya no existe la posibilidad, por ejemplo, que la gerencia comercial señale que desconoce que personas del sector público vinculadas al gobierno central son sus clientes de su institución, en la aplicación del principio “conozca a su cliente”.

El funcionario de negocios o sectorista de la cuenta es el responsable inmediato de identificar a aquellos clientes que considera que reúnen el perfil de un PEP y solicitar si fuera necesario una “declaración jurada del

origen de los fondos”, como una diligencia debida, entregar información a las áreas de prevención de lavado de activos con el objetivo que le permita evaluar la inclusión del cliente en el banco de datos PEP con conocimiento del primer nivel gerencial de la empresa como anteriormente se indicó.

Otra interrogante que genera la calificación de un cliente como PEP por parte de las empresas bancarias, es el tiempo que será calificado como PEP, es decir por un par de años o por toda su existencia. Si bien es cierto, todo plazo siempre es arbitrario, sin embargo, es conveniente mencionar que tratándose de un PEP las empresas han optado por calificarlo como tal por siempre, es decir desde el momento que acepta desempeñar un cargo público relevante será calificado como cliente PEP y continuará siempre siéndolo aún cuando deje de desempeñar la función pública que le originó la calificación. Uno de los argumentos que se emplea para mantener dicha decisión es que aún continúa generando un riesgo reputacional de la empresa bancaria al estar vinculado a la vida pública del país; por ejemplo un ex presidente de algún poder del Estado<sup>12</sup>.

### **b.- El delito de lavado de activos y la recopilación de información por las empresas bancarias:**

Mediante el Decreto Legislativo N° 1106 en Perú, se ha normado lo que se tiende a denominar lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado. Hoy, en su artículo 10 se considera al lavado de activos como un delito autónomo, por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produ-

11 Al igual que las empresas bancarias supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP (SBS), las empresas que negocian en el mercado de capitales y supervisadas por la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV) la decisión de aceptación de una persona natural o jurídica como cliente, estará a cargo del gerente general numeral 7.5 artículo 7 de la Resolución. CONASEV N°087-2006-EF/94.10. En el caso de las empresas de operaciones múltiples controladas y supervisadas por la SBS la decisión de aceptación de una persona natural o jurídica como cliente, estará a cargo de un funcionario de primer nivel gerencial artículo 7 Resolución. N°1725-2003-SBS. Estamos hablando de la misma definición conceptual, sin embargo, en el supuesto de la norma de la SBS no necesariamente debe entenderse que la aprobación corresponde al gerente general como en el caso de la norma de la SMV, pues la aprobación puede corresponder también al gerente del área comercial o algún gerente general adjunto.

12 Para el mercado de capitales SMV mediante Resolución 087-2006-EF/94.10 ha normado sobre el particular, señala que la persona será calificada como PEP hasta por dos años luego de haberse desempeñado como funcionario público, literal i del numeral 7.2 del artículo 7.

ieron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria.

Luego, dirá el propio legislador que el conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales (...). El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.

Ahora bien, si conocemos el marco penal y administrativo planteado por el Decreto Legislativo N° 1106 y la Resolución SBS N° 838-2008 y sabemos que hay una Ley de Protección de Datos Personales N° 29733, el reto ahora es saber administrar un banco de datos de personas con tratamiento especial a través de los llamados clientes sensibles, sin incurrir en falta ante la omisión incurrida por el legislador al no haberse planteado en forma expresa una excepción en todo lo concerniente al cliente sensible PEP.

Con el propósito de corregir tal omisión se debe construir una doctrina propia bajo el derecho bancario y establecer el alcance de lo que comprenderá la privacidad del tercero como cliente.

### A nivel internacional

Algunos bancos como el Bank NV, Barclays Bank, Banco Santander Central Hispano, SA, Chase Manhattan Corporation, Citibank N.A. Credit Suisse Group, Deutsche Bank AG, J.P. Morgan, Inc, Société Générale UBS AG. Se han alineado a la política del Acta Patriótica de los Estados Unidos de

Norteamérica, han normado su conducta de negocios con el propósito de buscar la estandarización de los mecanismos de control y supervisión mediante el uso de los bancos de datos de las transacciones de sus clientes a nivel mundial y para ello han desarrollado guías globales para la aceptación del cliente (inicio de relación comercial), cuentas numeradas o países de bajo, medio y alto riesgo, clientes operaciones y servicios sensibles, actualización de archivos de clientes, monitoreo de transacciones para identificar actividades inusuales o sospechosas.

### c.- Bancos de datos vinculados al sistema financiero internacional<sup>13</sup>

Los Estados, las asociaciones y los organismos internacionales están en la búsqueda constante de mejorar los mecanismos de desarrollo de los bancos de datos informáticos personales o listas y al mismo tiempo la defensa del derecho de la intimidad.

Entre los principales organismos o asociaciones podemos mencionar:

#### **Grupo GAFI (Grupo Acción Financiera Internacional)**

Vinculado con los países que enfrentan el tema de lavado de activos posee una lista de “paraísos financieros”<sup>14</sup> la misma que es cons-

13 Esta sección se basa en el trabajo presentado para el libro homenaje de los docente universitarios César Delgado Barreto y César Fernández Arce en *El Derecho Frente a la Ciencia y la Tecnología*, No se lo digas a nadie, pero él es un peps: la persona pública o políticamente expuesta, la gestión de los bancos de datos en el sistema financiero nacional. Lima. 2007.

14 En el Caribe se consideran como paraísos financieros: islas Caimán, Bahamas, Bermudas, Virgenes, Anguila, Antigua, San Vicente, Granadinas, Aruba, Antillas, Santa Lucía, St. Kitts y Nevis, Turcas y Caicos, y Barbados; en el mundo árabe: Líbano y Bahrein; en el continente asiático: Hong Kong, Singapur, Macao y Labuan; en la zona del Océano Índico: Isla Mauricio y Seychelles; en la zona del Océano Pacífico: las islas Marshall, Nauru, Vanuatu, Samoa Occidental, Cook, Niue o Savage; en Europa: Jersey, Guemesey, Isla de

tantemente actualizada, con la cual busca – en la medida de lo posible– que el resto del mundo tome conciencia de las implicancias no solamente morales, sino también económicas que genera la corrupción en todas sus formas y lo que significa negociar con aquellas zonas financieras de todo el planeta que no cuentan con ningún tipo de dispositivos legales o con normas sumamente superficiales en el tema de prevención.

Como se comprenderá no se trata de prohibir los paraísos fiscales y financieros, pues los mismos siempre han existido, lo que se busca es establecer mecanismos de supervisión para saber el origen de la remisión de fondos de dinero. Por otro lado, es importante distinguir un paraíso financiero de uno tributario, pues no son sinónimos.

El paraíso financiero implica ser adicionalmente también un paraíso tributario, es de lógica deducción que existirán empresas de operaciones financieras diversas, teniendo como condición adicional el manejo del secreto bancario; es decir, que en la mayoría de dichos países el acceso a su levantamiento de la reserva bancaria no existe o el acceso a la información por la estructura normativa constituye ser sumamente dificultoso por no decir imposible. El paraíso tributario implica solamente beneficios ya sea por tasa, exoneraciones o inafectaciones con el propósito de captar inversión extranjera mayormente del sector productivo pero que no llegan a ser un paraíso financiero como anteriormente señalamos.

#### **Lista OFAC (office of foreign assets control).**

Por otro lado, en la misma línea de banco de datos vinculados a temas de corrupción, existe la lista OFAC del tesoro americano, también conocida como la lista Clinton, en

ella se registra el nombre de todas aquellas personas naturales o jurídicas relacionadas al narcotráfico, que obliga a las empresas financieras norteamericanas a no efectuar ningún tipo de transacción crediticias con aquellas personas que forman parte de dicha lista, bajo responsabilidad administrativa y penal, tanto de la persona jurídica como de sus accionistas, directores, funcionarios y trabajadores. Estando los bancos americanos en la capacidad de retener el dinero por la simple sospecha de su origen ilegal del mismo.

Obliga al resto de los bancos del mundo a no efectuar ningún tipo de transacción con aquellas personas que figuran en lista, ante la posibilidad que sus fondos como bancos también sean retenidos o confiscados por tratarse de un riesgo operacional.

Como se puede apreciar en el presente caso, si bien es cierto Estados Unidos no tiene jurisdicción para decirle a todo el mundo que negocien con tal o cual persona o banco, no podemos negar que desde el punto de vista fáctico observamos que todos los bancos del mundo se alinean a las decisiones norteamericanas por una relación comercial, en que hacen suya como política interna de la institución las recomendaciones impartidas por Estados Unidos.

Existe un caso particular, interesante vinculado al tema de la lista OFAC en los tribunales colombianos, cuya solución es muy académica y aleccionadora.

Se trata de un ciudadano colombiano, cuyo nombre aparece en la lista OFAC de Estados Unidos, inmediatamente los mismos bancos colombianos le inician el cierre de las cuentas que mantiene dicha persona en sus instituciones. Acto seguido, el ciudadano interpone una acción judicial ante el Sexto Juzgado Penal del Circuito de Cali, la misma que fue vista por la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia.

Man, Suiza, Luxemburgo, Dublin, Liechtenstein, Malta, Gibraltar, Andorra, Mónaco y Chipre.

La Corte en el presente caso apoya la decisión de los bancos colombianos del cierre de cuentas, niega el carácter supranacional de la legislación Norteamericana mediante la lista OFAC, pero admite el tema fáctico de los hechos de la lista.

Entre otras cosas que la Corte nos señala: que el interés de velar por los ahorradores y velar por la estabilidad del sistema financiero, determina por parte de la autonomía de voluntad privada de las empresas de operaciones múltiples deba primar para el acceso y prestación de servicios bancarios en general, en aplicación del “principio de confianza pública”. Pero al mismo tiempo la libertad de contratar se encontrará limitada para la entidad financiera en que no podrá negarse a contratar con una persona natural o jurídica si no hay una razón justificada para ello como podría ser una razón objetiva y razonable, como puede ser la inclusión dentro de una lista internacional vinculada al lavado de activos, en el caso particular materia de pronunciamiento del tribunal colombiano la lista OFAC o también llamada Lista Clinton, como es en el presente caso.

Como consecuencia de la inclusión del nombre de una persona en la lista OFAC determina ser un riesgo operacional para las empresas del sistema financiero colombiano, por las consecuencias económicas que podrían derivar, como podría ser la confiscación de sumas depositadas en sucursales o agencias del exterior o por la terminación de los contratos de corresponsalía con la banca extranjera, pérdida de la confianza pública, riesgo reputacional y las sanciones o multas para las empresas colombiana por la falta de prevención en el tema de lavado de activos.

La Corte colombiana concluye en ordenar a su cancillería para que le brinden el apoyo debido al ciudadano y pueda iniciar los trámites respectivos ante las autoridades norteamericanas para el retiro de su nombre dentro de la lista OFAC.

Debemos mencionar un caso muy similar con la aplicación de la lista OFAC sucedido en el Perú vinculado con la empresa Aéreo Continente y su principal accionista Fernando Zevallos, ambos se encuentran incluidos en la referida lista vinculados con tema de narcotráfico, si bien es cierto no es aplicable la lista OFAC en el país por un tema de jurisdicción, es cierto también que los bancos peruanos también procedieron al cierre de cuentas o procedieron a limitar operaciones crediticias aplicando el principio de la política de conocimiento del cliente en el tema de lavado de activos.

La existencia de los bancos de datos ha amenazado potencialmente el derecho de la intimidad de la persona ya sea para bien o para mal, sea cual fuere la forma de su almacenamiento, ya sea de forma física, digital, óptico, magnético u otro que se creen, aumentando la cantidad de información sobre cada persona, y al mismo tiempo ha dado posibilidades de inter comunicabilidad y difusión de la misma, de allí el interés de las empresas de operaciones múltiples que busquen que las mismas sean normadas sobre su contenido y uso.

Antonio Pérez Luño<sup>15</sup> nos indica:

Desde los años setenta es notorio que bancos de datos del sector público norteamericano, pertenecientes al Pentágono, la CIA o el FBI, procesan informes sobre actitudes individuales y comportamiento político que afectan a millones de ciudadanos. Datos que recabados en función de la defensa nacional o de la seguridad pública han servido, en determinadas ocasiones, para prácticas de control político y discriminación ideológica. La comunidad académica de USA sufrió

15 Citado por Mendoza Almicar, Perú: Los cookies: ¿amenaza a la privacidad de información en la internet? <[www.alfa.redi.org/revista/data/31-5.asp](http://www.alfa.redi.org/revista/data/31-5.asp)> Fecha de consulta: 19 de abril de 2015.

una conmoción al saber que, durante la etapa de contestación estudiantil, diversas universidades que contaban con bibliotecas informatizadas proporcionaron a la policía relaciones exhaustivas de las lecturas de aquellos profesores y/o alumnos sospechosos de ser contestarios o disidentes. Desde hace años las agencias de información comercial y de crédito norteamericano almacenan datos personales que conciernen a cientos de millones de individuos, que tras su adecuada programación, pueden transmitirse a clientes en más de 10,000 aspectos diferentes (por edad, profesión, sexo, ingresos, automóvil o vivienda poseídos, pertenencia a sindicatos, partidos o sociedades mercantiles, culturales o recreativas).

El problema que puede generar el mal uso de un banco de datos, es que se vuelva un instrumento de control político y económico de la sociedad en su conjunto, ya sea por el propio Estado o terceros.

Del mismo modo, una sociedad consumista como la que vivimos determina que las empresas privadas no renuncien así por la nada al manejo de los bancos de datos o que renuncien a tener nuevos mecanismos de control sobre el consumidor a través de la información, la misma que puede ser vendida, canjeada, usufructuada en forma total o parcial; información vinculada con los hábitos transaccionales vía internet o no, datos de domicilio, gustos, preferencias, etc.

Al mismo tiempo venimos observando cada día con una mayor naturalidad que las personas aceptan formar parte de un banco de datos, es decir que la vida privada sea pública. Frente a esta realidad los Estados modernos de hoy tienen tres posibilidades frente a la existencia de los bancos de datos, la primera y menos recomendada es combatir los bancos de datos, lo cual no es una

gran solución, porque los bancos de datos existen, la segunda alternativa es promover la existencia de las mismas, la tercera opción que tiene por lo menos hoy mayor aceptación es la de tolerarlas.

Así, es decir que si bien existe un riesgo por el mal manejo que se puede derivar de su mal uso, también es cierto que son necesarias. Por lo tanto, pueden o deben ser normadas, estableciendo ciertas reglas de comportamiento que hagan viable su uso armónico con la sociedad de consumo de hoy, es por ello que el derecho tiene algo que decir a fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. No hay límite para ponerle contenido a un banco de datos, el único límite que hay es de nuestra imaginación. Con lo que se demuestra su valor económico como fuente de riqueza.

#### **d.- Derecho a la privacidad.**

La privacidad de la persona como un valor absoluto es un derecho relativamente reciente, es producto de la organización humana en áreas urbanas no tribal.

Bullard nos indica en relación a la privacidad.

Bajo este aspecto, lo que interesa es preservar un derecho exclusividad pero sin permitir que el mismo pueda ser utilizado para generar externalidades a terceros por la vía de incrementar los costos de transacción a niveles tales que ya no sea posible que el mercado haga una asignación correcta de recursos escasos. Así, información como el historial delictivo, los antecedentes de crédito o la historia laboral deberían estar a disposición de las personas. No queda claro en tales casos cuál es el beneficio que genera la reserva de ese tipo de información distinto a permitir una representación inexacta de la imagen de una persona, lo que induce a que se

comentan errores al juzgarse sus cualidades y capacidades<sup>16</sup>.

Una referencia que nos puede ilustrar mejor sobre el uso de los datos de una persona lo constituye el caso del Departamento de Salud de Cataluña –España.

“El departamento de Salud da luz verde a un proyecto que permite subcontratar a terceras empresas y entidades los datos de pacientes catalanes.

La Conselleria de Salud de la Generalitat ha aprobado el proyecto Visc+ de venta de datos sanitarios, pese a la oposición del Parlamento, y ha incorporado la posibilidad de que los centros de investigación que reciban datos de pacientes catalanes puedan subcontratar a terceras empresas y entidades para que los gestionen, informó EP.

Se trata de una polémica medida que la propia Generalitat había impulsado y paralizado más tarde antes las presiones de partidos, sindicatos y comités de bioética. Ahora, el proyecto ha sido aprobado por el director del Servicio Catalán de la Salud (CatSalut), Josep María Padrosa; el director del Instituto Catalán de la Salud (ICS), Pere Soley, y el director de la Agencia de Calificación y Evaluación Sanitarias de Catalunya (Aguas), Josep María Argimon, y ha sido publicado este miércoles en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya (Doge).

Salud ha afirmado que la iniciativa “facilitará las grandes cantidades de datos que se generan continuamente en el sistema de salud de Cataluña a todos los agentes que intervienen en él o tiene capacidad para mejorar la salud de la población”, a

través de actuaciones de evaluación y de investigación.

El proyecto aprobado especifica que “se anonimizará toda la información incluida” en los ficheros que contienen datos personales de la Conselleria, del CatSalut y del ICS, con el objetivo de facilitarlos a centros asistenciales y de investigación.

“En el caso de que se detecte que se puede reidentificar la información de los afectados como resultado del análisis de una combinación de datos concreta” el centro deberá informar a las autoridades sanitarias para que puedan tomarse las medidas pertinentes, destaca el texto aprobado<sup>17</sup>.

### **La Ley de Protección de Datos Personales como herramienta de gestión para las empresas bancarias.**

A nivel internacional la problemática de la protección de los datos personales ha sido abordada a través de dos modelos: el de Los Estados Unidos de Norteamérica y el de la Comunidad Europea, el primero apela a la autorregulación del mismo mercado y el segundo se basa en la regulación protectora del Estado con el propósito de garantizar la intimidad de la persona. En el caso del Perú estamos próximos al modelo de Europa pero que busca articular al mismo tiempo con otras normas como son el secreto bancario, el secreto de las telecomunicaciones por ejemplo.

Lo primero que debemos precisar en el caso del Perú sobre la Ley de Protección de Datos Personales N° 29733 es su objeto de protección, la persona natural a través de los datos biométricos y la no aplicabilidad a la

16 Bullard, Alfredo. *Derecho y Economía, el análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Editora Palestra, Perú, 2010, pp. 258

17 La Generalitat aprueba la venta de datos sanitarios de los pacientes en <<http://www.abc.es/catalunya/20150401/abci-generalitat-aprueba-venta-datos>> Fecha de consulta: 02 de abril de 2015

persona jurídica; comprendemos por datos biométricos, a los datos personales que por sí mismo pueden identificar al titular de los datos, referidos al origen racial o étnico, ingresos económicos, opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas, morales, afiliaciones sindicales e información relacionada a la salud o a la vida sexual<sup>18</sup>.

Adicionalmente, contiene los principios de protección de los datos personales como son el de: legalidad, consentimiento previo, finalidad, proporcionalidad, calidad, seguridad, disposición de recursos y nivel de protección adecuado, también es verdad que el tema central de la misma ley no lo constituye la constitución de los bancos de datos sino el manejo de los bancos de datos que son dos temas totalmente distintos; es decir, el manejo de la información que implica la existencia de un titular del banco de datos que establezca la finalidad, contenido, el tratamiento de la información en cuanto a su recopilación, registro, almacenamiento, conservación y consulta de la información, fuera de los mecanismos de seguridad que deberá de determinar.

Es oportuno mencionar que la Ley de Protección de los Datos Personales tiene un vacío sobre el manejo de información cuando nos encontramos frente al cliente sensible en el tema de prevención de lavado de activos y todo aquello que implica el conocimiento del cliente como se ha detallado en las primeras líneas de la presente monografía, pues no se ha previsto ningún tipo de excepción que debería ser observada sobre el particular a

18 Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales

Artículo 2.- Definiciones. Para todos los efectos de la presente Ley, se entiende por:

5. Datos sensibles: Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos, opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual.

favor de los bancos con lo cual se le traslada una externalidad como son los no beneficios de contar información de su historial de levantamientos del secreto bancario por autoridad competente como es el Poder Judicial por procesos vinculados principalmente al lavado de activos, terrorismo, narcotráfico, defraudación tributaria o información de su historial crediticio; al final lo que se genera es una representación inexacta de la persona.

El Tribunal Constitucional en el caso del manejo de información por parte de las centrales privadas de información de riesgo (CEPIR) emitió una sentencia en la cual prohíbe incluir en sus registros información referida a deudas que fueron pagadas oportunamente y que tienen una antigüedad de dos años, así como el domicilio u ocupación laboral de la persona sobre quien se solicita información; todo ello estaría relacionado a lo que viene ocurriendo en la Comunidad Europea con Google y los procesos judiciales en donde se comienza a aplicar “el derecho al olvido”.

El razonamiento del Tribunal Constitucional si bien no hace ninguna mención cuando se trate de banco de datos de clientes sensibles y se refiera a funcionarios públicos que manejan por ejemplo recursos del Estado, no deja de generar preocupación para las empresas bancarias que podrían tener información relevante negativa de aquellas personas, al afirmarse que estos tipos de bancos de datos están al margen de la ley al no haberse obtenido el consentimiento expreso del cliente y se tratarían de “listas negras”, lo cual requiere plantearse una modificación al texto legal comentado.

## Conclusiones

- 1.- La política de conocimiento del cliente como principio de prevención encuentra su fundamento en el inicio de la relación comercial, si el mismo no es sólido, los resultados de la aplicación de una meto-

dología de identificación y evaluación por riesgo no son confiables.

- 2.- Brindar una protección absoluta a la privacidad de una persona natural es partir de un paradigma equivocado, es asumir que todas las personas requieren de la protección de una autoridad nacional que se encargará de cuidar la privacidad de las personas más allá de sus decisiones, es buscar brindar protección sobre aquella información que se entiende como pública pero que la autoridad entiende que no siempre es así.
- 3.- La protección de los datos personales a través de los datos llamados biométricos busca permitir preservar un derecho de exclusividad de la persona natural,

pero sin generar reserva de información que lleve una representación errónea al juzgarse las cualidades de la persona.

- 4.- La Ley de Protección de Datos Personales en el Perú no ha planteado ningún tipo de excepción en cuanto al alcance para el tratamiento de la información contenida en un banco de datos por parte de las empresas bancarias al ser un sujeto obligado en contar con un sistema de prevención contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.
- 5.- El no contar con normas apropiadas en prevención de lavado de activos genera externalidades para las empresas de operaciones múltiples, en especial para los bancos.