



Fraudes Bancarios. Impacto en el resto de las Entidades del Sistema Financiero. Mitigación del Riesgo y Sanciones Aplicadas.

Francisco Álvarez Valdez
Socio



Fraudes Bancarios. Impacto en el resto de las Entidades del Sistema Financiero. Mitigación del Riesgo y Sanciones Aplicadas.

Plan

Introducción

I. Concepto.

II. Clasificación.

III. Riesgos relacionados a los fraudes bancarios.

A. Riesgo operacional.

B. Riesgo Legal.

C. Riesgo reputacional.

D. Riesgo de contagio.

IV. Tipos penales.

V. Impacto de los fraudes bancarios.

VI. Mitigación del riesgo generado por los fraudes bancarios.

Introducción

Lo primero es agradecer a la Federación Latinoamericana de Bancos y a la Asociación de Bancos Comerciales de la República Dominicana por su amable invitación para participar como expositor en este XXIX Congreso Latinoamericano de Derecho Financiero (COLADE 2010), pero sobre todo por haber insertado en el programa un tema difícil, indeseable, pero indispensable cuando se desea actuar con responsabilidad social, como es el de los fraudes bancarios.

La rapidez con que evoluciona la humanidad no ha sido extraña al mundo financiero, que recibe el impacto del enorme desarrollo tecnológico, acelerando los procesos, creando nuevos productos inimaginables hace cien años, acercando a los clientes a las operaciones bancarias y relacionando a los bancos entre sí, dejando atrás las fronteras y demostrando que en este sector la globalización no es una palabra hueca.

La modernización y globalización de las operaciones financieras han sido definitivamente positivas para los usuarios o consumidores de los servicios financieros, pero como toda rosa, también ha traído sus espinas, pues la tecnología no sólo ha sido utilizada para las buenas prácticas, sino también por los defraudadores, incrementando el riesgo de las entidades financieras, lo que ha debido ser contrarrestado con los propios avances tecnológicos y con supervisión interna y externa más rigurosa. Sin embargo, sostenemos que en adición, debe existir un cambio de actitud frente al fraude, para poder reducir la recurrencia.

Los fraudes bancarios ya no se realizan a punta de pistola, como en el viejo oeste norteamericano, sino de muchas otras maneras, frecuentemente con apoyo tecnológico, a veces desde fuera del banco, pero cada vez más desde dentro o con ayuda interna.

Precisamente gracias a la tecnología, hoy día un solo empleado bancario, actuando aisladamente, puede poner en riesgo la existencia de un banco solvente. Igualmente, lo que ocurre en un banco puede transmitirse rápidamente a otros bancos porque la comunicación ha sido otro de los sectores cuyo desarrollo ha aumentado de manera impresionante los riesgos de contagio cuando alguna entidad ha perdido la confianza del público debido a algún hecho fraudulento.

A los bancos les pasa como a las familias, que ninguna está exenta del riesgo de que uno de sus ejecutivos o empleados se desvíe de las buenas prácticas, por lo que resulta indispensable que cada entidad tenga definido un protocolo debidamente diseñado para enfrentar este tipo de contingencias, definitivamente indeseables.

En este trabajo pretendemos tocar los aspectos generales de los fraudes bancarios, sus riesgos y consecuencias y el rol que juegan las sanciones que deben existir para castigar a los responsables.

I. Concepto.

El uso del vocablo “fraude” se ha puesto de moda en el sistema financiero internacional a pesar de que en muchos países no existe una infracción tipificada bajo ese nombre, incluyendo a la República Dominicana.

Si acudimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, nos encontraríamos con la siguiente definición:

“fraude.

(Del lat. *fraus, fraudis*).

1. m. Acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete.
2. m. Acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros.
3. m. *Der.* Delito que comete el encargado de vigilar la ejecución de contratos públicos, o de algunos privados, confabulándose con la representación de los intereses opuestos.”¹

Si, por el contrario, acudimos a un diccionario especializado de derecho, como el clásico “Vocabulario Jurídico” de Henri Capitant, la definición es la siguiente:

“Fraude

I (Der. civ.) Acto cumplido intencionalmente, con la finalidad de herir los derechos o intereses ajenos. Ej.: ocultación o malversación; fraude del deudor contra sus acreedores (ver Acción pauliana)...

II (Der. pen.) A. Mala fe. Ej.: el fraude es un elemento constitutivo del robo. B. Engaño. Ej.: fraudes electorales, fraude en la venta de mercaderías.”²

El elemento común en todas las definiciones es la actuación intencional que genera un perjuicio a un tercero. Para redondear el concepto podríamos agregar el elemento de ocultación de las actuaciones indebidas, que acompaña usualmente a la conducta fraudulenta.

En la legislación dominicana se utiliza escasamente el término de fraude, pero no se encuentra tipificado como una infracción, sino que se asocia a las conductas que pueden generar otras

¹ http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fraude

² CAPITANT, Henri, Vocabulario Jurídico, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 286

infracciones tipificadas en la ley, como por ejemplo la estafa, el abuso de confianza, la falsedad, el robo.

Cuando se imputa a una persona haber cometido un fraude, realmente no se le está imputando ningún delito específico que pueda dar lugar a una sanción penal, aunque si puede utilizarse el vocablo para identificar conductas que comprometen la responsabilidad civil y penal de las personas. En consecuencia, en la esfera penal, es preciso aludir a la infracción establecida en la ley, aunque se utilice el concepto de fraude para referenciar una conducta intencional que ha generado un perjuicio y que forma parte del elemento intencional que se exige en la mayoría de las infracciones.

II. Clasificación de los fraudes en la banca.

La mayoría de los estudiosos de los fraudes que afectan a la banca utilizan una clasificación que parte del origen del fraude, por lo que lo dividen en fraudes externos (aquellos que vienen de personas que no laboran en el banco, aunque pueden ser clientes o relacionados) e internos (cuando los responsables laboran en el banco).

El Comité de Basilea utilizó esta clasificación del fraude cuando abordó el tema del riesgo operacional en 2003, lo que de alguna manera ha contribuido a convertir esta clasificación en la más utilizada.

Mientras en el fraude externo la inmensa mayoría tiene como móvil la obtención de un beneficio económico, no ocurre lo mismo en el fraude interno, que también puede perseguir ocultar errores cometidos con la finalidad, por ejemplo, de mantener el empleo.

III. Riesgos relacionados a los fraudes bancarios.

El modelo regulador y supervisor de las entidades del sistema financiero parte de la identificación y análisis de los distintos riesgos existentes en el negocio, a fin de lograr que existan las provisiones y el capital adecuado para enfrentarlos en caso de que se materialicen, evitando de esta manera las crisis de solvencia o de liquidez que puedan poner en peligro a las entidades que operan en el sistema.

Los riesgos en el negocio financiero son múltiples y variados, y a título ilustrativo podemos citar: el riesgo país, el riesgo de crédito, riesgo de mercado, riesgo de liquidez, riesgo operacional, riesgo reputacional, riesgo legal, riesgo estratégico, riesgo cambiario, riesgo sistémico o de contagio, entre otros. Algunos autores prefieren identificar los grandes riesgos, dentro de los cuales entonces subclasifican otros. Por ejemplo, dentro del riesgo operacional incluyen los riesgos legales.

Revisaremos muy rápidamente aquellos riesgos que guardan relación de alguna u otra manera con los fraudes bancarios o con sus consecuencias.

A. Riesgo operacional.

Basilea I inició en 1988 con atención especial sobre los riesgos inherentes a las áreas de crédito e inversiones de los bancos, y en menor grado con los riesgos de mercado y de liquidez. En esta primera etapa el riesgo operacional de las entidades no era considerado y por lo tanto tampoco el riesgo de los fraudes bancarios.

Con Basilea II se amplía considerablemente el enfoque del análisis del riesgo de crédito, mientras los de mercado y liquidez son trabajados en menor grado, y la gran novedad lo constituye el riesgo operacional, que se venía trabajando desde 1999.

Con la inclusión del riesgo operacional en la normativa de Basilea, aparece por primera vez el fraude bancario dentro de los aspectos que se recomienda examinar tanto por la gerencia interna como por la supervisión externa, el órgano público, y los auditores externos.

El Comité de Basilea se ha encargado de ofrecer no sólo una definición conceptual del riesgo operacional, sino además una en cierta forma casuística, tal como lo expresa POVEDA en la siguiente cita:

“En su documento de sanas prácticas para el control de este riesgo de 2003, el Comité se aventuró por una vez a dar una definición. Riesgo operacional es ‘el riesgo de pérdida resultante de la insuficiencia o fallos de los procesos internos, las personas y los sistemas, o de acontecimientos exteriores’. Al concretar el alcance de su definición, el Comité reintrodujo el riesgo legal, pero siguió excluyendo el de reputación y el estratégico.... Tal vez el Comité se sintió insatisfecho con su definición, porque añadió a continuación una lista de acontecimientos ‘operacionales’ susceptibles de generar daños importantes; esa lista equivale a una definición descriptiva, alternativa, de la que sin embargo el Comité no iba a extraer consecuencias. Conviene recordar el contenido completo de la lista, para entender mejor lo variopinto de los problemas con los que se enfrentaría un ‘gestor’ de este riesgo:

- Fraude interno: sustracciones por empleados, operaciones de iniciados (insiders trading) en perjuicio de la entidad, falseamiento de posiciones;
- Fraude externo: robos, falsificaciones, ruedas de talones y demás estafas, penetración no autorizada en los sistemas informáticos;...”³

La descripción ofrecida por el Comité de Basilea no pretende circunscribir los fraudes internos y externos a los casos señalados. Los fraudes bancarios son como los contratos innominados, cuyo número depende únicamente de la creatividad de sus autores.

³ POVEDA ANADÓN, Raimundo, Basilea II, Fundación de las Cajas de Ahorros, Madrid, 2010, 2da. Edición, p. 138.

Dentro de los procesos internos que pueden fallar materializando un riesgo operacional, algunos autores incluyen de manera expresa y preponderante los principios de gobierno corporativo, pues se trata entonces de fallas en la parte más relevante de la estructura organizacional.⁴

Dentro de los riesgos operacionales, el Comité de Basilea identifica con claridad el fraude, como uno de los elementos relacionados con la gente, y el hurto y robo como elementos asociados a eventos externos.

El Reglamento sobre Riesgo Operacional, aprobado por la Junta Monetaria de la República Dominicana en su Quinta Resolución del 2 de abril de 2009, incluye la siguiente definición de riesgo operacional, siguiendo la normativa de Basilea:

“Es la posibilidad de sufrir pérdidas debido a la falta de adecuación o a fallos de los procesos internos, personas o sistemas internos, o bien a causa de acontecimientos externos. Incluye el riesgo legal pero excluye el riesgo estratégico y reputacional.”

El artículo 12 del mencionado reglamento, identifica el fraude interno y el fraude externo como eventos incluidos dentro del riesgo operacional.

En una reciente modificación a este reglamento, aprobada por la Tercera Resolución de fecha 16 de septiembre de 2010, la Junta Monetaria de la República Dominicana decidió fijar el primer cuatrimestre del año 2013 para recibir de la Superintendencia de Bancos el requerimiento de capital obligatorio por concepto de riesgo operacional que deberá aprobarse para las entidades financieras. En otras palabras, los fraudes bancarios tendrán ya una incidencia directa en el requerimiento de capital mínimo de las entidades financieras en la República Dominicana.

B. Riesgo Legal.

Las operaciones financieras, de manera particular las bancarias, se encuentran fuertemente reguladas en prácticamente todos los países. En la República Dominicana la importancia de la normativa financiera ha quedado consagrada en la Constitución desde hace muchos años, y actualmente su artículo 232 requiere una mayoría especial de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de una y otra cámara legislativa para la modificación del régimen legal de la banca.

El riesgo legal consiste precisamente en las consecuencias que pueden derivarse de la violación por parte de las entidades bancarias de las normas que regulan el sistema financiero, pero además se incluyen las violaciones a cualquiera de las obligaciones asumidas por tales entidades, por ejemplo de naturaleza contractual, laboral, fiscal, entre otras.

Uno de los eventos más importantes de riesgo legal en estos momentos lo constituye la violación por parte de las entidades de la normativa nacional e internacional relacionada al lavado o blanqueo de capitales.

⁴ USTÁRIZ GONZÁLEZ, Luis Humberto, El Comité de Basilea y la Supervisión Bancaria, Revista Universitas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, Junio 2003, número 105, p. 451.

Tal como hemos señalado, en Basilea, el riesgo legal se encuentra incluido dentro del riesgo operacional.

C. Riesgo reputacional.

En la banca la reputación de una entidad es fundamental, ya que el negocio se basa en buena medida en la confianza que se puede generar. En política se dice que la percepción es más importante que la realidad y en la banca debemos decir que no solamente se debe ser íntegro, competente, dedicado, sino que además debes parecerlo, es decir que realidad y percepción deben ser lo mismo.

En la VI Reunión de Auditores Internos de Banca Central celebrada en Chile, se definió el riesgo reputacional como “el riesgo de acciones y/o circunstancias que implican una publicidad adversa para la entidad por una situación degradada frente a la comunidad (imagen).”⁵

No hay duda de que existe una fuerte conexión entre el fraude bancario (riesgo operacional) y el riesgo reputacional, por la potencialidad que tienen los fraudes de dañar la imagen de cualquier entidad.

D. Riesgo de contagio o riesgo sistémico.

Luego de la gran crisis financiera internacional iniciada en 2007 de la que todavía no acabamos de salir, no cabe duda alguna de que los problemas que enfrenta una entidad o grupo de entidades, puede contagiar a otras que se encuentren libres de esos problemas. Todo comenzó con un grupo de entidades financieras norteamericanas que realizaron inversiones en fondos garantizados por hipotecas de alto riesgo (subprime). Cuando el riesgo de crédito garantizado por estas hipotecas se materializó, las entidades que tenían posiciones excesivas en estos fondos se vieron afectadas. Pero el problema llegó a tener ribetes sistémicos cuando algunas de las afectadas eran nombres históricos dentro del sistema financiero internacional, por lo que el contagio rápidamente trascendió las fronteras y, para usar una palabra de moda, se globalizó.

El peligro de contagio de los problemas de una entidad a otra puede ocurrir por su vinculación directa o indirecta (los mismos dueños, operaciones conjuntas, etc.), pero también porque la entidad afectada tenga un tamaño o una imagen que implique que la pérdida de confianza en la misma, se convierta en una pérdida de confianza en el sistema, aunque no tengan otra conexión que operar en un mismo mercado, nacional o internacional, y entonces el riesgo se convierte en sistémico, porque afecta a todo el sistema.

El fraude (riesgo operacional), como elemento que puede afectar la imagen de una entidad (riesgo reputacional), puede ser elemento catalizador de pérdida de confianza en el sistema (riesgo sistémico).

⁵ <http://www.cemla.org/pdf/aud-vi-conclusiones.pdf>

Un riesgo de contagio no tiene necesariamente que ser sistémico, pues sus efectos pueden ser muy localizados (cuando se contagia a una sola entidad, por ejemplo), pero el riesgo sistémico es esencialmente un riesgo de contagio.

IV. Tipos penales relacionados con el fraude bancario.

En cada país se requiere examinar la conducta y actos fraudulentos para poder identificar la infracción cometida de acuerdo con la legislación penal general o especial. Por ejemplo, en la República Dominicana, el que falsifica instrumentos bancarios se hace reo de falsedad en escritura de bancos, tal como lo dispone el artículo 147 del Código Penal, con el siguiente texto:

“Art. 147. Se castigará con las penas de tres a diez años de trabajos públicos, a cualquier otra persona que cometa falsedad en escritura auténtica o pública, o en las de comercio o de banca, ya sea que imite o altere las escrituras o firmas, ya que estipule o inserte convenciones, disposiciones, obligaciones o descargos después de cerrados aquellos, o que adicione o altere cláusulas, declaraciones o hechos que debían recibirse o hacerse en dichos actos”.

Por su lado, el art. 148 del Código Penal castiga a las personas que haga uso de los documentos conociendo que los mismos han sido falseados.

Por muchos años la falsedad existía exclusivamente si algún documento bancario había sido físicamente alterado. En los últimos años la jurisprudencia dominicana ha evolucionado en la orientación correcta al incluir también los casos de falsedad intelectual, cuando el documento no se ha alterado físicamente, pero se ha hecho incluir en él elementos falsos de manera intencional. Este ha sido un paso muy importante para alcanzar conductas fraudulentas que antes no eran sancionadas, como por ejemplo, cuando un ejecutivo bancario, a sabiendas, entrega información falsa a los auditores externos para ser incluida en los estados financieros auditados del Banco. Varios precedentes han sido establecidos al respecto en la República Dominicana, siendo el más importante el relacionado con el caso Bancrédito, en el cual se condenó al propietario y al principal ejecutivo de este banco, entre otros delitos, por el de falsedad intelectual de los Estados Financieros, tal como lo establece la sentencia de fecha 11 de septiembre de 2008, dictada por la Segunda Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, de la cual nos permitimos citar lo siguiente:

“CONSIDERANDO: Que en cuanto al séptimo medio planteado por los recurrentes, en el sentido de que el tribunal a-quo cometió violación de la ley por errónea aplicación de la norma jurídica, falsedad en escritura de banco, la corte ha examinado que para sostener la existencia de los vicios señalados los recurrentes alegan en síntesis lo siguiente: Que el tribunal a quo, declaró en su sentencia a los imputados, ahora recurrentes, culpables de violar los tipos penales de falsedad en escritura auténtica o pública, o en las de comercio

y de banco,; y el uso de actos falsos, pero reteniendo como procedimiento o modo de alteración, la excepcional modalidad de falsedad intelectual.”

“CONSIDERANDO: Que contrario a lo alegado por los recurrentes en el sentido de que en la especie no se configuran los crímenes de falsedad por lo que el tribunal a-quo no debió retener dicha prevención, la corte ha podido comprobar que para el tribunal a-quo dar por establecida la configuración del tipo penal precisó que: ‘En el presente caso, hemos podido constatar la ocurrencia de los elementos constitutivos del tipo penal de falsedad en escritura de banco, a saber: a) La alteración de la verdad en un escrito, derivada de la emisión de los estados financieros al 31 de diciembre del año 2002, auditados por KPMG, realizada por los imputados MANUEL ARTURO PELLERANO PEÑA y JUAN FELIPE MENDOZA GÓMEZ, principales ejecutivos del Banco Nacional de Crédito, quienes manipularon la información sobre la situación financiera de esta entidad bancaria, consignando menos préstamos y menos depósitos que los existentes realmente; b) Por uno de los medios determinados por la ley, en el caso que nos ocupa, mediante la inserción de datos que no se corresponden a la verdad; c) El perjuicio derivado de la acción de desviar fondos depositados por los ahorrantes hacia las empresas vinculadas, debiendo las autoridades monetarias, en especial el Banco Central asumir la cartera de préstamos a vinculados, en aras de viabilizar la venta del Banco Nacional de Crédito; y d) La intención fraudulenta, derivada del conocimiento que tenían los imputados de que estaban alterando la verdad y que esta acción constituía un ilícito penal.’

CONSIDERANDO: Que la corte entiende correcta la valoración hecha por el tribunal a-quo, para retener la prevención preindicada por estar acorde con los preceptos legales, razón por la cual procede rechazar el medio planteado.”

Otros tipos penales establecidos en nuestro Código Penal se aplican con alguna frecuencia a los casos de fraudes bancarios, entre los que podemos citar:

1. Abuso de confianza (art. 408 Código Penal), que castiga con penas hasta diez años a los empleados y ejecutivos que hayan sustraído efectos, mercancías, billetes, finiquitos o cualquier otro documento que contenga obligación u opere descargo, cuando tales documentos le hayan sido entregados para la ejecución del trabajo. Este tipo penal se utiliza sobre todo en los casos de fraudes internos.
2. La Estafa (art. 405 del Código Penal), que castiga con penas de hasta dos años a aquellos que se hayan hecho entregar valores sobre la premisa de nombres falsos, empresas falsas o activos imaginarios o de poderes que no tienen. Este tipo de infracción se utiliza sobre todo en caso de fraudes externos.
3. El Robo (artículos 379 a 401 del Código Penal), en sus diversas modalidades.

La legislación especial ha establecido otras infracciones para sancionar los fraudes bancarios y en este sentido, en la República Dominicana, el artículo 80 de la Ley Monetaria y Financiera, No. 183-02, actualizó las herramientas de que se dispone para sancionar los fraudes bancarios, sobre todo cometidos desde dentro de la entidad. De manera particular, se sanciona con penas de tres a diez años de reclusión a los miembros de los Consejos de Directores, funcionarios, auditores y empleados que alteren, desfiguren u oculten datos o antecedentes, libros, estados de cuentas, correspondencias u otros documentos o que consientan la realización de estos actos u omisiones con el fin de obstaculizar la fiscalización por parte de la Superintendencia de Bancos. También a los que hubieren elaborado, aprobado o presentado un balance o estado financiero adulterado o falso.

La Ley Monetaria y Financiera también sanciona con penas hasta los diez años de reclusión a los accionistas, directores, gerentes, funcionarios y empleados de las entidades sometidas a procesos de disolución por operaciones con vinculados, reconocer deudas inexistentes, simulación de enajenaciones, ocultación, alteración, falsificación de los libros o documentos de la entidad y cualquier actividad ejecutada dolosamente que disminuya los activos o aumente los pasivos.

Otras sanciones contra los fraudes bancarios se encuentran en la Ley Monetaria y Financiera para su aplicación por la Superintendencia de Bancos dentro de las facultades que le concede el régimen sancionador administrativo contemplado en dicha ley. Las infracciones son clasificadas en cuantitativas, cuando involucran un monto de exceso o faltante con respecto a lo requerido legal o reglamentariamente, y cualitativas, cuando representan un incumplimiento a disposiciones legales o reglamentarias sin que envuelva monto alguno. No sólo se puede sancionar con multa a las entidades que violen las disposiciones de ley, que clasifica las infracciones en muy graves, graves y leves, sino también a los ejecutivos, empleados y accionistas que comprometan su responsabilidad personal. Las sanciones son multas desde RD\$10,000,000 hasta RD\$500,0000, inhabilitación para laborar en el sistema monetario y financiero, cierre de la entidad o multa equivalente al faltante o en caso de reincidencia al doble del faltante.

Como hemos visto, en la República Dominicana la pena máxima por las infracciones mencionadas hasta ahora alcanza a diez años de reclusión. Sin embargo, en la mayoría de los casos donde el móvil ha sido la distracción o sustracción de activos, se comete la infracción de lavado de activos, cuya sanción puede alcanzar hasta veinte años de reclusión.

El lavado de activos ha sido objeto de preocupación a nivel mundial y con sobrada justificación, tomando en cuenta que ya a principios de la década pasada representaba entre el 2% y el 5% del PIB mundial.⁶ El Comité de Basilea comenzó desde el año 1988 a recomendar ciertas normas al respecto. Así quedó consignado en la Ley No. 72/00 contra el Lavado de Activos Proveniente del

⁶ ROUTIER, Richard, *Obligations et Responsabilités du Banquier*, Dalloz, Paris, 2008, 2da. Edición, p. 624.09

Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Controladas y otras Infracciones Graves de la República Dominicana, en uno de sus Considerandos, que nos permitimos citar:

“CONSIDERANDO: Que la República Dominicana formó parte de la Declaración de Kingston sobre Lavado de Dinero, efectuada en noviembre de 1992, por los Ministros y otros representantes de los Gobiernos del Caribe y América Latina, con motivo de la Conferencia organizada por el “Grupo de Acción Financiero del Caribe”, que entre otros aspectos, recomienda adoptar en las respectivas legislaciones internas, la Declaración de Basilea del 12 de diciembre de 1988, conocida como “Declaración de Principios del Comité de Reglas y Prácticas del Control de Operaciones Bancarias sobre prevención de la utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal” y las 40 recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), de febrero de 1990, destinadas a concebir y promover estrategias de lucha contra el lavado de dinero;”

La forma amplia en que fue redactado el artículo 3 de la citada Ley 72/00 permite concluir que en la gran mayoría de los fraudes bancarios que se cometan en la República Dominicana, se podrá aplicar esta ley especial, por lo que los abogados especializados en fraudes bancarios deben siempre examinar esta probabilidad con la finalidad de permitir que las sanciones aplicables puedan llegar hasta los veinte años de reclusión. El texto del artículo 3 señalado, dispone lo siguiente:

“Art. 3.- A los fines de la presente ley, incurre en lavado de activos la persona que, a sabiendas de que los bienes, fondos e instrumentos son el producto de una infracción grave:

- a) Convierta, transfiera, transporte, adquiera, posea, tenga, utilice o administre dichos bienes;
- b) Oculte, encubra o impida la determinación real, la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de dichos bienes o de derechos relativos a tales bienes;
- c) Se asocie, otorgue asistencia, incite, facilite, asesore en la comisión de alguna de las infracciones tipificadas en este artículo, así como a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.”

Para los fines de esta ley, infracción grave es cualquiera castigable con más de tres años de prisión. En consecuencia, cualquier violación a la Ley Monetaria y Financiera, o las disposiciones del Código Penal por estafa, abuso de confianza, falsedad, e incluso en muchos de los casos de robo, el responsable estaría incurriendo además en violación a la Ley de Lavado y la sanción puede aumentarse hasta 20 años de reclusión.

Basta con haber cometido una infracción castigable con más de tres años de prisión, y haber obtenido un beneficio, para que se aplique la Ley de Lavado, pues la simple posesión del activo obtenido de la infracción, o su transferencia por cualquier vía, o cualquier esfuerzo de ocultación, permitirá la aplicación de la ley con sus severas sanciones.

En la República Dominicana ya hemos tenido la oportunidad de sentar precedentes al respecto en materia de fraudes bancarios, siendo el principal el muy conocido caso Baninter, en el cual la sentencia de primer grado admitió violación a la Ley Monetaria y Financiera, pero rechazó los cargos por lavado; sin embargo, la Tercera Sala de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Distrito Nacional, revirtió esta parte de la decisión e incluyó los cargos de lavado de activos en su sentencia de fecha 17 de abril de 2008, partiendo de las siguientes consideraciones:

“103.-CONSIDERANDO: Que en este sentido, esta Corte ha podido establecer que el Tribunal aquo confunde la participación en varias actividades delictivas de forma concomitante y sucesiva, con la concurrencia de leyes. Que, si bien es cierto, que las acciones retenidas a los coimputados están íntimamente vinculadas, y en su gran mayoría fueron ejecutadas en el ámbito bancario y financiero, cada una de ellas constituye la ejecución de tipos penales diferentes, a saber, la ausencia de los registros de las dos terceras partes de las operaciones financieras del banco y la información falsa reportada a la autoridad monetaria y financiera, constituyen violaciones al artículo 80 de la Ley No. 183-02, en sus literales d y e como constató el Tribunal aquo; la distracción de los fondos a través de empresas vinculadas sirviéndose para ello de la aperturas de cuentas de ahorros, cuentas corrientes y certificados financieros mediante cartas de créditos y su operación permanente en sobregiros, sin que éstos fueran saldados por el cuentahabiente, constituye el elemento material de la distracción o disipación del artículo 408 del Código Penal, y las operaciones a través de las empresas vinculadas, en las cuales fungían como presidente, administrador o socios mayoritarios, que operaban con fondos del BANINTER, tipifican la propiedad, posesión, administración, adquisición, venta, transferencia y encubrimiento propios de la Ley No. 72-02, sobre Lavado de Activo, entre otros.”

“112.-CONSIDERANDO: Que tal y como se estableció anteriormente, ha quedado evidenciado que los coimputados Marcos Báez Cocco, Ramón Báez Figueroa y Luis Álvarez Renta, obraban de común acuerdo, en una sociedad, donde se prestaban asistencia y asesoría para ejecutar las distracciones de los capitales del BANINTER, de donde procede retener el tipo penal descrito en el artículo 3 literal c) de la Ley No. 72-02.”

Es importante señalar que en materia de blanqueo de capitales la exposición de los bancos es mucho más alta, pues su responsabilidad queda comprometida desde el momento en que ejecutivos o empleados permiten que el banco sea utilizado para lavar capitales que se originan en otros crímenes. El caso que hemos citado refiere a ejecutivos de un banco que cometieron un fraude en su propio beneficio, pero los casos más comunes son aquellos en que los banqueros no participan en el crimen que origina los fondos sucios, sino solamente en su lavado. Los riesgos son enormes, como lo acaba de demostrar el famoso caso Wachovia, que en este mismo año ha llegado a un acuerdo con los fiscales para evitar un juicio, pero el acuerdo incluye una multa de US\$ 50 millones y la confiscación de otros US\$110 millones del dinero lavado.⁷

⁷ <http://www.iprofesional.com/notas/95919-Multan-a-Banco-Wachovia-por-favorecer-el-lavado-de-dinero-de-narcos.html>

C. Impacto de los Fraudes Bancarios.

Hoy día nadie duda de que los riesgos operacionales, y de manera muy particular el fraude como un componente importante dentro de dicho riesgo, pueden hacer desaparecer a entidades financieras de mayor o menor importancia, pero además en algunos casos poner en riesgo al sistema financiero completo de un país, de una región e incluso de todo el mundo.

Algunos ejemplos pueden ayudar a ilustrar lo señalado.

El Barings Bank fue fundado en 1762 en Inglaterra y logró renombre por múltiples operaciones históricas, entre las que se encuentra el financiamiento de la adquisición de Luisiana por los Estados Unidos. Sin embargo, un ejecutivo designado como Gerente General de la sucursal de Singapur, a cargo del mercado de futuros de la bolsa de dicho país, pudo más que toda la historia del Banco acumulada en más de doscientos años. Su brillante desempeño deslumbró a todos, llegando a generar el 10% de los beneficios de todo el Banco, pero asumiendo riesgos considerables. Cuando las cosas fueron mal, las ocultó y trató de revertirlas, iniciando la clásica centrífuga que terminó en 1995 con pérdidas acumuladas por 827 millones de libras. El Banco fue declarado en quiebra y sus operaciones vendidas a otro banco por una libra, cerrando así una larga historia que terminó cuando se consumó el típico riesgo operacional de violación a las reglas de la doble supervisión y ocultación de las operaciones perdidosas. El autor del fraude, Nick Leeson, fue sentenciado a seis años y seis meses de prisión.

Otra historia que más bien parecería un cuento, aunque de terror, es la de Jerome Kerviel, ya conocido como el operador de bolsa más famoso del mundo, quien en 2008 hizo que el banco francés Société Générale perdiera alrededor de cinco mil millones de euro a través de una serie de operaciones bursátiles. Fue acusado de falsificación y uso de documentos falsos, de abuso de confianza y de introducir datos informáticos al sistema del banco para el que trabajaba. La audiencia para conocer su caso apenas comienza en estos días, y se estima, que de ser declarado culpable sería condenado a pena privativa de libertad de alrededor de tres años.

En los dos casos antes citados, el móvil que se ha identificado no ha sido la distracción de fondos, sino la ambición de ascenso a través de hacer ganar mucho dinero a las entidades para las que laboraban.

El caso de Mario Conde en el Banesto de España, también es muy conocido. Condenado primero a diez años por la Audiencia Nacional por estafa y apropiación indebida, aumentada la pena a veinte años por el Tribunal Supremo Español. Esta última sentencia mereció una crítica del Comité de Derecho Humanos de la ONU, que señaló que España vulneró el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de New York, al agravar el Tribunal Supremo la pena y no disponer el condenado de una instancia superior que pudiera revisar ese fallo. Se ha dicho incorrectamente que el Comité anuló la sentencia contra Conde, lo que no es cierto, y por el contrario, la sentencia se mantuvo intacta y el Comité reconoció que el Supremo valoró en forma extensa la prueba existente. Conde purgó quince años de su sentencia y se encuentra en estos momentos en libertad condicional.

En Latinoamérica han existido serias dificultades para concluir los casos judiciales de fraudes bancarios, cuando finalmente llegan a los tribunales, lo que indudablemente ha contribuido a la proliferación de casos de esta naturaleza por el efecto multiplicador que produce la impunidad. Un caso emblemático es el de la familia Peirano, padre y tres hijos, relacionados a los bancos Mercantil (en Uruguay), Alemán (en Paraguay), Velox (en Argentina), y Trade and Commerce Bank (en Cayman). Un caso lleno de incidentes procesales, extradición, prisión, libertad provisional, anulación del proceso en Uruguay por haberse derogado la ley cuya violación se alegaba, fallecimiento de uno de los imputados.

En la República Dominicana tenemos nuestra propia historia, que al igual que en la mayoría de los países latinoamericanos comienza con la impunidad. De esta manera se sucedieron quiebras bancarias en los años 70 (Banco de Santo Domingo), en los 80 (Banco Universal), en los 90 (Banco Antillano, Banco Panamericano, Banco Regional, Banco del Comercio y un número considerable de pequeñas financieras), sin que ninguno de estos casos llegara a los tribunales, con excepción del caso del Banco Universal. Este último aunque llegó a los tribunales, comenzó un peregrinaje de tribunal en tribunal, debido a los incidentes, que hizo parecer que nunca terminaría.

Era lógico suponer que si las quiebras bancarias fraudulentas ocurrían sin consecuencias para los responsables, serían recurrentes, como efectivamente sucedió. De esta manera llegamos a la terrible crisis financiera del año 2003. En principios se pensaba que los bancos afectados eran víctimas de ciertos factores externos, ajenos a ellos, que afectaban su situación de liquidez, pero que no existían problemas de solvencia. Sin embargo, estas situaciones externas ajenas sólo hicieron destapar el enorme fraude que venía ocurriendo, en algunos casos desde hacía muchos años, y que era escondido a través de bancos paralelos invisibles a los que se pasaban los activos irrecuperables y se ocultaban los pasivos.

De esta manera fueron afectados el Banco Intercontinental, que se suponía era el tercer banco del sistema, pero una vez descubierto el fraude, resultaba el primero, pero en total insolvencia; el Banco Nacional de Crédito y el Banco Mercantil. El primero pasó a liquidación y los dos últimos fueron traspasados a otros grupos y absorbidos por otros bancos. La crisis financiera del 2003, originada en fraudes bancarios, llevó al Banco Mundial y al Banco Interamericano de Desarrollo a publicar un comunicado conjunto en el que expresaban lo siguiente:

“En el caso de Baninter, la crisis económica provocó un deterioro significativo del ingreso real y aumentó en un 50 por ciento el número de pobres en el país, registrando así un millón y medio de pobres, de los cuales 670,000 alcanzaron la pobreza extrema.”⁸

El país no salía de la desagradable sorpresa de los fraudes en los tres bancos mencionados, cuando dos años después, en el 2005, un cuarto banco se veía afectado por la colocación indiscriminada de papeles comerciales de su compañía matriz, Grupo Progreso, lo que luego también permitió descubrir serias irregularidades en el propio banco, promovidas por su principal oficial ejecutivo, el señor Pedro Castillo, ocultándolo no sólo a sus accionistas y a su Consejo de Directores, sino igualmente a sus auditores externos y a las autoridades supervisoras.

⁸ http://www.santiagodigital.net/index.php?option=com_content&task=view&id=1169

El costo inicial del rescate sobrepasó los cuatrocientos millones de dólares, pero por suerte para el país, y por primera vez en nuestra historia, los propietarios del banco aportaron los fondos, y no hubo necesidad de recurrir a dinero público, sentando de esta manera un saludable precedente.

El caso dominicano demuestra que los fraudes bancarios no sólo pueden hundir a una entidad bancaria, sino que pueden llevar a un país a situaciones extremas. Un par de párrafos escritos por el actual Ministro de Economía, Planificación y Desarrollo de la República Dominicana, Temístocles Montás, ayudan a describir los efectos del fraude:

“Hasta diciembre de 2002, la República Dominicana era considerada un modelo para los países de América Latina. Su crecimiento económico anual promedio en términos reales había sido aproximadamente 6% en los años noventa, con inflación controlada a nivel de un dígito y una deuda pública sostenible a nivel de un 25% del PIB. La crisis bancaria cambió todo eso. Se produjo una grave depreciación de la moneda nacional, en menos de un año el peso se devaluó con relación al dólar en casi 67%, el crecimiento de la economía cayó y fue negativo en 1.9% y la relación deuda/PIB se disparó al 57%, más del doble de la registrada antes de la crisis. El producto medido en dólares de los Estados Unidos cayó de más de 20 mil millones en 2002 a 16 mil millones en 2003 debido fundamentalmente a la fuerte depreciación de la moneda.

La situación fiscal se agravó en extremo. El déficit del sector público consolidado que fue 10 mil 452 millones de pesos en 2002 pasó a 40 mil 700 millones en 2003 y a 57 mil 100 millones 2004. Para financiar ese cuantioso déficit, el gobierno acumuló atrasos de pago de la deuda externa con los países del Club de París por un valor superior a los US\$250 millones, así como también con la banca comercial internacional. Esta situación transformó nuestro país en el segundo más riesgoso para la inversión en América Latina. Las clasificadoras de riesgo nos colocaron en una posición que lo que indicaba era que estábamos al borde de incumplir los compromisos financieros con la comunidad internacional. En ese contexto, el diferencial de los bonos soberanos dominicanos se colocó por encima de los 1,700 puntos, nivel sólo superado por Argentina en el continente americano. Era la evidencia de que el país había perdido la credibilidad como deudor confiable en la comunidad financiera internacional.”⁹

El impacto de los fraudes bancarios antes descritos en la República Dominicana seguirá sintiéndose por muchos años. Basta mencionar el reciente discurso pronunciado en la ONU por nuestro Presidente, el Dr. Leonel Fernández, hace apenas unos días, quien informó que las metas del milenio no serán alcanzadas en la República Dominicana debido a dos crisis financieras: la primera, interna, la del 2003, que como ya hemos explicado se origina en fraudes bancarios, y la segunda, la internacional, que aún nos azota. Estas palabras se pueden traducir en que no podremos disminuir la tasa de mortalidad infantil o de madres parturientas debido a los fraudes bancarios del 2003, que es lo mismo que decir que nuestras mujeres e hijos seguirán muriendo por estas razones.

⁹ MONTAS, Juan Temístocles, La Crisis Bancaria y sus Causas: una Reflexión sobre la Crisis Bancaria Dominicana, http://www.stp.gov.do/UploadPDF/CRISIS_BANCARIAS_SUS%20LECCIONES.pdf

El fraude, como parte del riesgo operacional, tiene la potencialidad de disparar otros riesgos igualmente sensitivos, como el riesgo reputacional y el sistémico o de contagio. No hay duda de que la divulgación pública de un fraude, que no se maneje adecuadamente desde el punto de vista comunicacional, puede dañar la imagen o reputación de un banco. No genera la misma percepción decir que una persona ha sido capaz de engañar a un banco, que decir que los sistemas de seguridad y prevención de un banco han sido capaces de detectar las irregularidades cometidas por un ejecutivo, que de esta manera ha sido descubierto y sometido a la justicia.

Cuando se deterioran los niveles de confianza del público en un banco, usualmente existe parte de ese público que pierde confianza en el sistema completo. Cuando esta parte del público se hace muy numerosa, el peligro de que la desconfianza alcance a otras entidades, grupos de entidades o al sistema entero, aumenta, materializando así el riesgo sistémico.

El riesgo operacional, y de manera particular el fraude bancario, tienen la capacidad de desencadenar una crisis que traspase rápidamente las fronteras de la entidad o del país donde se inicia, por lo que debe ser objeto de atención.

En la República Dominicana, en la crisis del 2003, no teníamos las herramientas legales necesarias para que las autoridades pudieran contener el riesgo sistémico que se originó con las quiebras fraudulentas de tres bancos. Al igual que ha ocurrido con la reciente crisis financiera internacional, hubo entonces de utilizarse dinero público en el rescate de esos bancos para evitar que su hundimiento arrastrara al sistema completo. Las críticas no se hicieron esperar, incluso, aunque parezca sorprendente, de parte de los propios defraudadores, quienes alegaron que la Ley dominicana no permitía el rescate de los depositantes más allá de RD\$500,000. En la defensa en los tribunales el Banco Central de la República Dominicana tuvo que recurrir al artículo 3 de la Ley Monetaria y Financiera, que le otorga facultad de recurrir a las prácticas internacionales para asegurar el correcto funcionamiento del sistema monetario y financiero.

Esas prácticas internacionales se iniciaron en Inglaterra en el siglo XIX. En 1866 quebró el banco Overend & Guernsey, haciendo perder sus ahorros a muchas personas, lo que desencadenó un pánico que arrastró a otros bancos. Ya en 1890, con la quiebra del Banco Barings, se rescató con fondos públicos a los depositantes para evitar el pánico generado por la desconfianza en el sistema.

La intervención pública en los problemas bancarios se encuentra extensamente documentada, y al respecto Amieva y Urriza nos dicen:

“La crisis en los sistemas bancarios se han vuelto eventos cada vez más comunes, sobre todo en los países en desarrollo. Durante el período de 1980 a 1996 por lo menos dos tercios de los 181 países que son miembros del FMI tuvieron problemas bancarios. Las medidas adoptadas para hacer frente a las crisis bancarias se enfocaron a evitar la propagación de las crisis, restaurar la confianza de los depositantes, proteger el sistema de pagos y propiciar la reestructuración y recapitalización de los bancos viables con problemas. En la mayoría de los casos, la intervención del gobierno y/o del Banco Central fue fundamental para proveer la liquidez y mantener la integridad de los sistemas bancarios. De no haber sido éste el caso, el deterioro en la situación financiera del

sistema bancario se hubiese transmitido rápidamente al sector real, generándose así un colapso, difícilmente reversible, en la actividad económica.”¹⁰

En la República Dominicana, luego de la crisis generada por los fraudes del 2003, fue aprobada la Ley No. 06/04 que crea el Programa Excepcional de Prevención del Riesgo para las Entidades de Intermediación Financiera, que crea un fondo para proteger a los depositantes y evitar el riesgo sistémico, estableciendo la obligación de la Superintendencia de Bancos de supervisar este riesgo y permitiendo a las autoridades intervenir para evitar su propagación.

Aún el riesgo sistémico no ha generado una norma de requerimiento de capital adicional en las entidades para cubrirlo, pero ya se ha comenzado a trabajar en la metodología necesaria para calcularlo.¹¹ Sin embargo, hace años que es una realidad los aportes de las entidades financieras en muchos países para formar fondos que son utilizados para contrarrestar los efectos sistémicos, tal como ocurre en la República Dominicana con la creación del Fondo de Consolidación Bancaria, que se nutre con el 0.17% del total de las captaciones del público, pero que también puede recibir aportes del Banco Central y del presupuesto del Estado.

E. Mitigación del riesgo generado por los fraudes.

Basilea II ha traído elementos para reducir los riesgos en sentido general, a través de sus tres pilares: el primero que pretende mejorar la forma en que las entidades pueden alcanzar un autocontrol interno más eficiente; el segundo que se concentra en la supervisión, y el tercero que hace énfasis en reglas de transparencia y control de mercado.

La reciente crisis financiera internacional ha obligado a llevar las normas de nuevo al escritorio de trabajo, a fin de mejorarlas y colocarlas en capacidad de prevenir situaciones como las que han originado la crisis, y ya comienza a emerger Basilea III.

No hay duda de que la aparición en Basilea II del riesgo operacional, que incluye el fraude bancario, ayuda a mejorar las herramientas con que se cuentan para prevenir fraudes y manejar con mayor acierto los que no puedan ser evitados. Los sistemas de autocontrol, sobre todo aquellos basados en la tecnología de la información, son esenciales de cara al futuro.

Otra norma que ha ayudado a mejorar los riesgos de fraude es la Ley Sarbanes-Oxley de Estados Unidos, aprobada en el 2002, y que ha trascendido las fronteras norteamericanas, no sólo porque se aplica a todas las compañías que cotizan en bolsa norteamericana, sino por la influencia que ha tenido en otros países, incluida la República Dominicana. Esta Ley reguló la práctica contable y de auditoría, creó un organismo supervisor de los auditores, introdujo nuevas normas de gobierno corporativo, con un régimen de responsabilidad incluso penal para los miembros de los

¹⁰ Amieva Huerta, Juan y Urriza, Bernardo , “Crisis Bancarias: Causas, Costos, Duración y Opciones de Políticas”, página web de la Comisión Económica para América Latina y El Caribe- CEPAL: www.eclac.org).

¹¹ Espinosa, Marco, Jobst, Andy, Kahn, Charles, Masaki, Kazuhiro, Sole, Juan, Riesgo Sistémico y Rediseño de la Regulación Financiera, FMI, abril 2010, <http://www.hablandodebolsa.com/2010/05riesgosistémico-y-regulacion-financiera-fmi.ht>.

consejos de directores. Las reglas alcanzaron hasta a los abogados, estableciendo una obligación a su cargo de informar de cualquier evidencia de infracción a las leyes de mercado de valores al principal asesor legal interno, o al presidente del Consejo de Directores, y en caso de que la respuesta no fuese apropiada, a los miembros del Comité de Auditoría o de cualquier otro comité integrado por miembros del consejo de directores.

Luego de la crisis dominicana de 2003, la Superintendencia de Bancos se inspiró en la Ley Sarbanes-Oxley para establecer la obligación de los miembros de los consejos de dirección de las entidades financieras de presentar declaraciones juradas en las que certificaban que toda información entregada al ente supervisor y a los auditores externos se correspondía con la verdad, y asumían la responsabilidad en caso de que no fuese cierto. Se pretendió que los declarantes comprometieran su responsabilidad penal en caso de que la información termine siendo falsa. La realidad es que la responsabilidad penal sólo se compromete en caso de que el director o ejecutivo haga uso de información a sabiendas de que es falsa. La propia Ley Sarbanes-Oxley había establecido una obligación parecida, pero se había cuidado de señalar que la responsabilidad penal sólo se compromete en caso de que el responsable de entregar la información tenga conocimiento de que la misma es inexacta.

La Constitución dominicana establece con toda claridad el principio de personalidad de las penas, cuando en su artículo 40, literal 14 señala que “nadie es penalmente responsable por el hecho de otro”. Pero además, la Ley Monetaria y Financiera recoge claramente este principio en varias de sus disposiciones, que señalamos a continuación:

- a) En la letra a) del Art. 80 cuando señala que será responsable “...cualquier persona física o jurídica, que conscientemente difunda por cualquier medio falsos rumores...”. El texto está atribuyendo la responsabilidad directamente a la persona que difunda los falsos rumores y a ninguna otra.
- b) En la letra d) del mismo artículo, cuando señala que serán responsables “los miembros del Consejo de Directores...que alteren u oculten datos... o que consientan la realización de estos actos...”. Se trata de una acción u omisión consciente por parte del responsable.
- c) En la letra e) del mismo artículo se establece la responsabilidad de los miembros del Consejo “..que a sabiendas hubieren elaborado, aprobado o presentado un balance o estado financiero adulterado o falso...”. Se identifica una actuación concreta del responsable, en este caso además acompañado de la intención fraudulenta cuando se agrega el concepto de “a sabiendas”.
- d) El ejemplo más claro del imperio del principio de la personalidad de las penas en la LMF lo constituye la letra a) del artículo 66, cuando señala que “la misma responsabilidad será exigible a las personas físicas y jurídicas que posean

participaciones significativas en el capital de las entidades de intermediación financiera y a quienes ostenten cargos de administración o dirección en las personas jurídicas que participen significativamente en el capital de dichas entidades de intermediación financiera, siempre y cuando comprometan su responsabilidad personal...”

En el Reglamento de Sanciones aprobado por la Junta Monetaria quedó igualmente claro la aplicación del principio de la personalidad de las penas, sobre todo en tres de sus artículos:

- a) Los artículos 9 y 22, que señalan que las personas físicas o jurídicas que posean un 3% o más en la EIF, o quienes ostenten cargos de dirección o administración en las personas jurídicas que tenga 3% o más del capital de la EIF, comprometen su responsabilidad siempre que lleguen a “...consentir, participar, fomentar, estimular, encubrir o de cualquier forma permitir o alentar la comisión de cualesquiera de las infracciones...”. Se está reconociendo que aquella persona que no conocía de una infracción, ni la alentó, fomentó o estimuló, no puede ser responsable por ella. El artículo 9 lo expresa señalando que “siempre que comprometa su responsabilidad con la comisión de la infracción”.
- b) El artículo 10, que exonera de responsabilidad a las personas físicas o jurídicas señaladas en el párrafo anterior “...cuando no hubiesen asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes o hubiesen votado en contra o salvado su voto, en relación con las decisiones o acuerdos que hubiesen dado lugar a las infracciones, lo cual debe constar en las actas correspondientes...”. El requerimiento de hacerse constar en acta es solamente para facilitar la prueba, por lo que se podría probar por otros medios que un miembro votó en contra de alguna resolución aún cuando no se hubiese hecho constar en el acta. Sin embargo, para facilitar la prueba es aconsejable que se haga siempre incluir en el acta.

El principio de la personalidad de la pena no sirve de protección a la persona que ha ordenado, fomentado, estimulado, consentido u ocultado la infracción. No se puede alegar que el responsable es una persona moral, pues la ley establece responsabilidad para aquellas personas naturales que dirijan o controlen a esa persona moral. Además, la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana ha sentado recientemente un precedente para prevenir la evasión de responsabilidad anteponiendo una o varias compañías, lo que en algunos países se conoce bajo el concepto de eliminar el velo corporativo.

Además de todos los esfuerzos normativos en la dirección de control del riesgo, es muy importante cuando se trata de reducir el riesgo, referirnos a la función de la sanción cuando se comete una infracción. Nos referimos al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, el derecho a castigar las infracciones restringiendo los derechos de los responsables. Esto nos introduce de lleno en la función de la pena en la sociedad, y en las teorías absoluta y relativa de la pena, que es un tema extremadamente polémico.

Ferrajoli nos señala que lo razonable en la evolución de la civilización es tender a la desprisonalización o en todo caso a una clara tendencia a que las penas sean cada vez más benignas. Nos dice:

“Creo que los tiempos han madurado lo suficiente como para poner en discusión la centralidad de la cárcel como pena principal en nuestro sistema penal.... El grado de civilización de un país, advertía Mostesquieu, se mide y progresa de acuerdo con la benignidad de sus penas. Es posible, entonces, dar hoy, a una distancia de dos siglos, un nuevo salto de civilización: destronar la reclusión carcelaria de su papel de pena principal y paradigmática y, sino abolirla, al menos reducir drásticamente su duración y transformarla en sanción excepcional, limitada a las ofensas más graves contra los derechos fundamentales (como la vida, la integridad personal y similares)”¹².

Debemos conceder razón al maestro Ferrajoli en parte de lo que dice, aunque lamentablemente debemos agregar que la civilización no ha llegado aún al estadio que permita la supresión de la pena privativa de libertad, o su reducción considerable en determinadas esferas, y la financiera es una que lo demuestra de manera palpable. Todavía, en nuestra opinión, la teoría relativa de la pena tiene una importancia fundamental, sobre todo en el rol preventivo que la pena juega en la sociedad.

Esta teoría relativa de la pena aboga, en una de sus vertientes, por el efecto de prevención general negativo que produce la pena en la sociedad, y que ocurre en dos momentos. Por un lado, con la aprobación de la norma penal, que a juicio de Fuerbach desarrolla un efecto intimidatorio y ayuda a prevenir las conductas sancionadas por la norma, o con la ejecución de la pena, tal como lo ha expuesto Bentham.¹³

Esta teoría relativa de la pena, con su efecto preventivo o ejemplarizador, tiene el peligro de poder llevar a la sociedad a una situación de terror penal, como lo fue en su oportunidad la guillotina. En el peor momento de la revolución francesa, no existía justicia sino se pasaba por la guillotina al culpable. En consecuencia, debe existir un claro marco diferenciador de los tipos penales, con la finalidad de que la pena privativa de libertad sea impuesta solamente en aquellos casos que generen no solamente un daño individual grave, sino también un daño social importante, y su *quantum* debe depender de criterios similares.

En materia de fraudes bancarios debemos examinar la forma en que se castigan los delitos financieros en la mayor parte del mundo. No hay duda de que la eliminación de la prisión por deuda fue uno de los pasos de avances más relevantes en el derecho penal y el ejercicio del *ius puniendi*.

Esta evolución es correcta pues no se puede equipar la pérdida de un bien material a la pérdida de la vida. Sin embargo, cuando se trata de delitos financieros que afectan la vida de cientos y

¹² FERRAJOLI, Luigi, Democracia y Garantismo, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 203

¹³ <http://www.monografias.com/trabajos10/pena/pena.shtml>

miles de personas, debería existir en tratamiento sancionador diferenciado. Igual ocurre con la persona que le quita la vida a otra y aquella que comete un crimen masivo.

No se puede sancionar a un empleado de un banco que distrajo cien mil pesos, de la misma manera que se sanciona al ejecutivo o propietario que llevó el banco a la quiebra, con todas las secuelas de daños colaterales que genera, no sólo en pérdidas de empleo y generación de pobreza sino en la pérdida de la confianza en el sistema.

Las sanciones que se establezcan por lesión al bien jurídico que representa el sistema financiero, que es de orden público, nacional e internacional, deben tener la capacidad de desestimular este tipo de conducta delictiva.

La sociedad, a través de la justicia, debe enviar un mensaje que tenga un claro efecto disuasivo. Estamos conscientes de la existencia de una sólida tendencia doctrinal que entiende que la función del aparato judicial no es enviar mensajes sino hacer justicia a través de la aplicación de la ley, tomando en cuenta los principios de intervención mínima, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, resocialización, *non bis in idem*. Sin embargo, somos de opinión de que los tribunales pueden perfectamente hacer ambas cosas en beneficio de la sociedad.

Recientemente, en uno de los casos de delitos financieros más escandalosos de la historia, el señor Bernard Madoff fue condenado a 150 años de prisión a pesar de su avanzada edad, y de acuerdo con los medios el juez se cuidó de comentar la sentencia de la siguiente forma:

"El mensaje que debemos enviar es que los delitos de Madoff fueron extremadamente dañinos", afirmó el magistrado al leer la sentencia, recibida entre aplausos por los asistentes. **"Aun que no fuera un delito de sangre, el resultado fue pasmoso"**, añadió el juez".¹⁴

Los delitos de sangre son los que suelen castigarse con las penas más severas, pero al igual que el mundo evolucionó desde el concepto de que sólo los bienes inmuebles tenían valor, al de hoy en día, en que derechos intangibles, patentes, acciones pueden tener mucho más valor, es hora de que reconozcamos que los delitos financieros pueden terminar haciendo mucho más daño que los delitos típicos de sangre.

En el sistema financiero deben realizarse todos los esfuerzos posibles para reducir los fraudes que corroen la confianza del público en el sistema, y la imposición de penas privativas de libertad severas resulta indispensable a tales fines.

Pero no basta con lograr penas privativas de libertad que sirvan de ejemplo. Las entidades financieras deben además diseñar sus estrategias judiciales con el objetivo adicional de castigar a los responsables en otra área muy sensitiva: en sus bolsillos. No sólo con el fin resarcitorio de los daños producidos por el delito, sino con la finalidad de demostrar que el delito no es buen negocio.

¹⁴ <http://www.libertaddigital.com/economia/condenan-a-madoff-a-150-anos-de-carcel-la-maxima-pena-posible-1276363572/>

Lograr este doble objetivo debe convertirse en una prioridad no sólo para las entidades del sistema financiero, sino para las autoridades públicas. Dos obstáculos deben sortearse en ruta a alcanzar estos objetivos. El primero el ruido que generan casos judiciales de esta naturaleza, que pueden afectar la imagen de la entidad actuante, y el segundo los costos de los procesos judiciales.

El riesgo reputacional que implica dilucidar en audiencias públicas, reseñadas muchas veces por los medios, la forma en que una entidad ha sido engañada, hizo que por mucho tiempo, y aún en el día de hoy, muchas entidades prefieran llegar a acuerdos con los infractores, y a veces sencillamente enterrar las pérdidas. Esta estrategia se encuentra totalmente contraindicada hoy en día, en el que existen normas que obligan a las entidades a divulgar a los auditores y a los supervisores públicos los hechos fraudulentos que han afectado a la entidad, y revelarles incluso la forma en que la entidad ha decidido manejar legalmente el caso. Pero además, no perseguir a los responsables, sobre todo cuando ha existido un fraude interno, es estimular a otros a seguir ese camino.

Hoy en día la ocurrencia de un fraude, y la decisión de perseguir a los responsables hasta las últimas consecuencias, acompañado de una buena estrategia de medios, puede ser aprovechado para reforzar la confianza en la entidad. Recientemente, en un caso de fraude interno en la República Dominicana, el arma utilizada por el infractor para tratar de hacer disuadir a la entidad de la persecución judicial, fue la de llevar el escándalo ante la opinión pública. El chantaje fue enfrentado con una buena estrategia de medios y cumpliendo la palabra de llevar el caso hasta las últimas consecuencias. El monitoreo de la confianza del público en ese banco, a través de los retiros de los depósitos, demostró que se puede perseguir a los responsables convirtiendo la actividad en un ejemplo de responsabilidad social.

El segundo obstáculo es el de los costos de un proceso judicial de esta naturaleza, que implica muchas veces contratar investigadores para rastrear los activos de los responsables, para poder embargarlos, así como auditores y abogados para recolectar correctamente las pruebas que serán utilizadas en el proceso judicial.

Las entidades bancarias tienen este tipo de riesgo asegurado, pero su preocupación no debe limitarse a cobrar el seguro, y deben asegurarse que los casos de fraudes terminarán siendo debidamente sancionados por los tribunales, pues de lo contrario la recurrencia será cada vez mayor.

Así como se hacen requerimientos de capital para mitigar los riesgos, deben existir presupuestos para enfrentar los fraudes hasta alcanzar la doble sanción privativa de libertad y económica. Muchas veces no se trata de hacer una inversión cuya rentabilidad se mida exclusivamente en dinero, pues en muchos casos se invierte más de lo que se recupera. Pero se trata de eso: de una inversión, para reducir los fraudes, lo que al final terminará siendo rentable por la vía de la reducción buscada.