

LOS ORGANISMOS DE SUPERVISIÓN FINANCIERA Y SU INCIDENCIA EN LA PREVENCIÓN DE LA ACTIVIDAD DELICTIVA



Ogami R. Rivera Cano

Coordinador de la Facultad de Derecho y Ciencias Forenses
Universidad Metropolitana de Educación Ciencia y Tecnología,
UMECIT, Panamá
coord.derecho@umecit.edu.pa

Fecha de recepción: 15/10/2017

Fecha de revisión: 25/10/2017

Fecha de aceptación: 01/11/2017

RESUMEN

Ante la pluralidad de eventos que han surgido recientemente en materia financiera, los cuales han tenido impacto directo en nuestro país, un tema digno de mención es el papel que juegan los organismos de supervisión financiera en un país como el nuestro. Aquellos, a veces desconocidos por el común de los ciudadanos, pero que actúan de forma fundamental con respecto a actividades delictivas que podrían tener ocurrencia a través de una actividad en principio legitimada y que aporta a nuestro crecimiento como República. De tal manera, ofrecemos al público interno y externo a este campo de estudio, una herramienta básica de consulta que permita identificar qué es un organismo de supervisión, cuáles regulan el mercado financiero en nuestro país, aspectos jurídicos y doctrinales de su operatividad, y la parte jurídico – penal de vital importancia en el rol preventivo que conllevan sus funciones.

Palabras clave: Supervisión, regulación, finanzas, mercado, capital, prevención.

THE ORGANIZATIONS OF FINANCIAL SUPERVISION AND ITS INCIDENCE IN THE PREVENTION OF CRIMINAL ACTIVITY

ABSTRACT

Given the plurality of events that have recently emerged in financial matters, which have had a direct impact on our country, a noteworthy issue is the role played by financial supervisory bodies in a country like ours. Those, sometimes unknown by ordinary citizens, but which act fundamentally with respect to criminal activities that could occur through an activity that is

legitimately legitimized and which contributes to our growth as a Republic. In this way, we offer the internal and external public to this field of study, a basic consultation tool that allows us to identify what is a supervisory body, which regulates the financial market in our country, legal and doctrinal aspects of its operation, and the legal - criminal part of vital importance in the preventive role entailed by its functions.

Key words: Supervision, regulation, finance, market, capital, prevention.

ASPECTOS INTRODUCTORIOS

A través de estas cortas líneas, trataremos de una u otra forma de estructurar de manera concisa y rasa la importancia de los organismos de supervisión en la prevención de conductas que a la postre podrían sobrepasar su propio marco de gestión administrativa y concluir en hechos punitivos, es decir, en la esfera del derecho penal.

La ley 23 de 27 de abril de 2015, “Que adopta medidas para prevenir el blanqueo de capitales, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, y dicta otras disposiciones”, coloca nombre a estos organismos de supervisión en su artículo 19, circunscribiéndolos a los siguientes:

- 1- La Superintendencia de Bancos de Panamá.
- 2- La Superintendencia de Seguros y Reaseguros de Panamá.
- 3- La Superintendencia del Mercado de Valores.
- 4- La Intendencia de Supervisión y Regulación de Sujetos no Financieros.
- 5- El Instituto Panameño Autónomo Cooperativo.

Cada uno de ellos es un ente público de supervisión por lo cual tienen su génesis a través de la supremacía del Estado. No obstante, podría entonces nuestro estudiante preguntarse,

¿Por qué si la actividad comercial se da entre los particulares, interviene el Estado de esta manera?

DERECHO PÚBLICO O PRIVADO (marco constitucional)

Ante esta interrogante, es preciso hacer eco del contenido del artículo 282 de la Constitución Política de la República de Panamá, el cual establece de la siguiente guisa:

“El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares; pero el Estado las orientará, dirigirá, reglamentará, reemplazará o creará, según las necesidades

sociales y dentro de las normas del presente Título, con el fin de acrecentar la riqueza nacional y de asegurar sus beneficios para el mayor número posible de los habitantes del país.

El Estado planificará el desarrollo económico y social, mediante organismos o departamentos especializados cuya organización y funcionamiento determinará la Ley.” (El resaltado y subrayado es nuestro)

Lo anterior nos permite colegir con meridiana claridad el porqué de la intervención directa del Estado en el mundo financiero.

Debemos saber que en efecto, si comprendemos por ejemplo que el derecho mercantil es un conjunto de normas de derecho privado, que regulan la propia figura y el estatuto del empresario, así como la actividad que desarrolla por medio de la empresa (Diccionario Espasa, 2001), y que además, en esta relación priva el interés de las partes, debemos también tener presente que siempre existirá antelación del interés social sobre el interés individual como bien expresa la norma constitucional. Por ende, el Estado, ante la existencia de un interés social de niveles macro, conforme las necesidades de país y conforme la expansión de las riquezas al mayor número posible de habitantes, deberá, como bien se señala, orientar, dirigir, reglamentar, reemplazar o crear, los instrumentos necesarios para que esta actividad comercial (entre las partes – derecho privado) tenga un impacto positivo sobre el resto de la sociedad (derecho público).

En este orden de pensamientos, si bien es cierto la existencia de organismos de supervisión tiene un efecto jurídico de derecho público en cuanto a la persona supervisada (natural o jurídica), no menos cierto es que la relación comercial entre las partes, no deja de ser una relación propia de la voluntad de estas, por esta razón, derecho privado.

Visto esto, resulta imperante resaltar elementos básicos del sistema financiero, mundo en el cual operan estos organismos de supervisión.

EL SISTEMA FINANCIERO

Reconocidos autores definen al sistema financiero como un conjunto articulado de flujos financieros movilizados mediante instrumentos financieros cuyos precios, cantidades y demás condiciones se determinan en los correspondientes mercados a los que concurren intermediarios financieros y agentes no financieros de la economía. (Pampillón, Cuesta y Paz, 2009)

En el mercado de capitales, existen dos mecanismos diferentes que permiten ponerse en contacto con las personas que demandan y ofrecen los recursos:

- El mercado bancario o intermediado, que se caracteriza fundamentalmente porque una entidad intermediaria, típicamente denominada banco, capta recursos del público y luego los usa para otorgar préstamos.
- El mercado de valores o no intermediado, donde los agentes que necesitan de recursos, especialmente empresas y gobiernos, captan los recursos directamente del público (Córdoba, 2015)

Ahora bien, podemos señalar que el sistema financiero está compuesto por personas naturales y jurídicas que realizan una función dirigida a un público que normalmente, por decirlo de forma sencilla, colocan ante ellos sus excedentes (superávit) o requieren de ellos recursos (déficit), que al final del día, serán de igual manera retribuidos según haya sido lo pactado.

Sobre este tamiz, queda evidenciado que si determinada persona acude a la utilización de un servicio en el cual puede estar colocando gran parte de los recursos que componen su economía, el Estado como tal debe tener una injerencia aunque fuese mínima, sin que esto pueda ser llamado por algunos un gesto de socialismo, toda vez que el Estado debe supervisar y regular que dicha actividad destinada a captar recursos del público, no sea abusiva ni afecte al cliente; y además, que ese mismo cliente y/o la propia empresa y/o personas vinculadas a ese giro de negocios, ejecuten o sean utilizadas para realizar por omisión y/o comisión conductas ilícitas, lo cual hará (el Estado), a través de la creación de organismos de supervisión.

ORGANISMOS DE SUPERVISIÓN

Los organismos de supervisión son las entidades de carácter estatal que tienen por fin realizar la inspección, la vigilancia y el control del sistema financiero para garantizar la transparencia de las operaciones y la confianza del público en las entidades financieras. (Córdoba, 2015)

Esta definición, en nuestro país, la podemos ver materializada en cada una de las legislaciones propias de nuestros organismos de supervisión. La ley del mercado de valores (Texto Único ordenado por la Asamblea Nacional, que compone el Decreto Ley 1 de 1999 y sus leyes reformativas, y el Título II de la Ley 67 de 2011), establece de la siguiente manera:

“Artículo 3. Objetivos de la Superintendencia. La Superintendencia tendrá como objetivo general la regulación, la supervisión y la fiscalización de las actividades del mercado de valores que se desarrollen en la República de Panamá o desde ella, propiciando la seguridad jurídica de todos los participantes del mercado y garantizando la transparencia, con especial protección de los derechos de los inversionistas”.

Por su parte, el Decreto Ejecutivo 52 de 30 de abril de 2008, “Que adopta el Texto Único del Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998, modificado por el Decreto Ley 2 de 22 de febrero de 2008” (Ley bancaria), indica que:

“Artículo 5. Objetivos de la Superintendencia. Son objetivos de la Superintendencia:

- 1. Velar por la solidez y eficiencia del sistema bancario.*
- 2. Fortalecer y fomentar condiciones propicias para el desarrollo de la República de Panamá como centro financiero internacional.*
- 3. Promover la confianza pública en el sistema bancario.*
- 4. Velar por el equilibrio jurídico entre el sistema bancario y sus clientes.”*

Asimismo tenemos la Ley 12 de 3 de abril de 2012, “Que regula la actividad de seguros y dicta otras disposiciones”, de la cual vale resaltar para nuestro objetivo, el siguiente extracto:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación. Quedan sometidos al control, autorización previa, fiscalización, supervisión, reglamentación y vigilancia de la Superintendencia de Seguros y Reaseguros las empresas o entidades que tengan por objeto realizar operaciones de seguros, en cualquiera de sus ramos, y de fianzas, así como los agentes de ventas de seguros, los ejecutivos de cuentas de seguros, las agencias de ventas de seguros, los ajustadores independientes de seguros e inspectores de averías, las administradoras de empresas de corretaje o de corredores de seguros, y las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la profesión de corretaje de seguros.”

Tras este examen normativo, podemos apreciar que la legislación local tiene la línea que insta el marco constitucional de brindar potestad a organismos estatales para que puedan incidir en una actividad que en principio es privada, pero que puede tener repercusión no sólo en nuestra política interna, sino también en el ámbito internacional.

ÁMBITO INTERNACIONAL

Hacemos una pequeña parada para señalar que la República de Panamá, forma parte del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT, 2016), el cual es un derivado del Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF). El grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), como bien ellos explican, es una organización intergubernamental de base regional que agrupa a 16 países de América del Sur, Centroamérica y América del Norte para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo, a través del compromiso de mejora continua de las políticas nacionales contra ambos temas y la profundización en los distintos mecanismos de cooperación entre los países miembros.

Por otro lado, a través de la Carta de las Naciones Unidas se instituye el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2016), destinado a salvaguardar la seguridad y la paz del mundo. Todo este contexto internacional, genera políticas internacionales y nacionales, muchas de ellas incluidas en la legislación patria a través de tratados, convenios u otras herramientas jurídicas de derecho internacional, por lo cual vienen a formar parte del bloque de constitucionalidad. Estas políticas ciertamente establecen métodos represivos de control ante la transgresión de la normativa jurídica; no obstante, pretenden en su fondo prevenir que acciones punitivas tengan lugar por conducto de los sistemas financieros.

PREVENCIÓN ¿CÓMO?

Como sabemos, el delito conceptualmente hablando tiene un enfoque con diversas acepciones. Recogiendo la de Jiménez de Asúa, se entiende por tal *“el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”* (Osorio, 2000). Esta conducta reprochable por la legislación, tiene la peculiaridad de sobrevenir potencialmente en la vida cotidiana, dígase en la familia, en el trabajo, en la escuela, en el cine. De tal manera que, en el mundo financiero no existe excepción, muy por el contrario, tiene la particularidad que puede ser mancillado por hechos punibles cuyos métodos de ejecución final son atroces.

Dentro de estas conductas, nuestro Código Penal tipifica algunas de las cuales podríamos destacar: el terrorismo, el blanqueo de capitales, la trata de personas, crimen organizado, narcotráfico o delitos financieros.

Cabe aclarar, que así como la doctrina española también lo señala (en amplitud para los organismos reguladores), los organismos de supervisión no son órganos de control o garantía expresamente previstos en la Constitución. No forman parte del Poder Judicial, pues ni tienen la consideración de órganos jurisdiccionales ni realizan funciones de tal tip (Virgolia, 2016). Entonces, si no administran justicia ni tienen funciones jurisdiccionales, ¿de qué forma podrían tener injerencia en las conductas delictuales? La respuesta: justamente a través de la prevención.

Retomando la ley 23 de 2015, esta nos trae una definición del instrumento que a nuestro entender, constituye el elemento superlativo de prevención. El artículo 4 de la mencionada excerpta legal desarrolla una serie de definiciones y nos trae en el numeral 8 la de debida diligencia, señalando que conforma el conjunto de normas, de políticas, de procedimientos, de procesos y de gestiones que permitan un conocimiento razonable de los aspectos cualitativos y cuantitativos del cliente y del beneficiario final, con especial atención del perfil financiero y transaccional del cliente, el origen de su patrimonio y el seguimiento continuo de sus transacciones u operaciones, cuando aplique.

¿Qué quiere decir esto? Análogamente solemos hacer la comparativa del debido proceso con la debida diligencia. Lo razonamos de esta forma, no por coincidir con la palabra debida, sino en el sentido que así como el debido proceso viene a ser prácticamente el todo procesal (cumplimiento estricto de los trámites y garantías legales para poder llegar a la resolución de un proceso), la debida diligencia viene a ser cumplir todos los filtros necesarios antes de permitir a la persona el acceso al mercado de capitales, donde el incumplimiento de uno de esos pasos (como en el debido proceso), podría viciar el resto de los procedimientos.

Veamos. Si Juan Desconocido, funcionario con ingresos mensuales correspondientes al salario mínimo, quien no tiene cuenta bancaria, no registra ingresos adicionales más allá de su salario como servidor público, acude a una entidad bancaria con el objeto de realizar un depósito a la cuenta de Pedro Sospechoso, el cual asciende a la suma de cincuenta mil balboas (B/.50,000.00), y la entidad Banco del Misterio recibe este dinero sin más requisito que llenar una simple volante de depósito ¿estaríamos hablando de debida diligencia?

Ciertamente no. Lo anterior no quiere decir de ninguna manera que se presume la culpabilidad de Juan ni la de Pedro, sino por el contrario, el ente regulador, con la finalidad de garantizar la legitimidad de la transacción efectuada, debe realizar su rol preventivo y escudriñar conforme protocolos de debida diligencia la procedencia de los fondos, conocer a su cliente, e indagar acerca del beneficiario final, cubriendo su propio prestigio empresarial, a sus clientes, y al sistema financiero del país al cual represente. En este orden de ideas, por ejemplo, si resultase que Juan Desconocido era ganador del primer premio de la Lotería Nacional de Beneficencia, al momento de investigar acerca de la cantidad de dinero depositado, entonces, se empezaría a tener claridad sobre la transacción y circunstancias que permitan a la entidad financiera entender el origen de los fondos, y así poder rendir información transparente a su ente regulador.

El Grupo de Acción Financiera Internacional, para estos efectos, ha confeccionado las famosas 40 recomendaciones del GAFI, en la cual logramos observar recomendaciones de debida diligencia, de las cuales para mayor comprensión podemos destacar, las siguientes:

- Identificar al cliente y verificar la identidad del cliente utilizando documentos, datos o información confiable, de fuentes independientes.
- Identificar al beneficiario final y tomar medidas razonables para verificar la identidad del beneficiario final, de manera tal que la institución financiera esté convencida de que conoce quién es el beneficiario final. Para las personas jurídicas y otras estructuras jurídicas, esto debe incluir que las instituciones financieras entiendan la estructura de titularidad y de control del cliente.

Así, la empresa sin ser entidad gubernamental, colabora con sus organismos de supervisión, y coadyuva en la prevención de flagelos que se dan en las “más altas esferas sociales”, y que no

distinguen realmente, quiénes serán las víctimas finales, debiendo entonces, cada organismo de supervisión, velar porque este propósito se cumpla.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Decreto Ejecutivo 52 de 30 de abril de 2008, “Que adopta el Texto Único del Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998, modificado por el Decreto Ley 2 de 22 de febrero de 2008” (ley bancaria).

Diccionario Jurídico ESPASA (2001). Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, España

Pampillón Fernández, Fernando, Cuesta González, Marta de la, and Ruza y Paz Curbera, Cristina. (2009) Introducción al sistema financiero. Madrid, ES: UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2009. ProQuest ebrary. Web. 31 October 2016. Copyright © 2009. UNED - Universidad Nacional de Educación a Distancia. All rights reserved.

Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. Argentina. 2000.

Vírgala Foruria, Eduardo. Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la Ley de Economía Sostenible. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 094. Madrid, ES: CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. Pág. 79. ProQuest ebrary. Web. 1 November 2016. Copyright © 2012. CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. All rights reserved.

<http://www.gafilat.org/content/quienes/#organismo> visto el 1 de noviembre de 2016.

<http://www.fatf-gafi.org/home/> visto el 1 de noviembre de 2016.

<http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-v/index.html> visto el 1 de noviembre de 2016.

Ley 23 de 27 de abril de 2015 “Que adopta medidas para prevenir el blanqueo de capitales, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, y dicta otras disposiciones”

Ley del Mercado de Valores (Texto Único ordenado por la Asamblea Nacional, que compone el Decreto Ley 1 de 1999 y sus leyes reformativas, y el Título II de la Ley 67 de 2011).

Decreto Ejecutivo 52 de 30 de abril de 2008, “Que adopta el Texto Único del Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998, modificado por el Decreto Ley 2 de 22 de febrero de 2008” (ley bancaria).

Ley 12 de 3 de abril de 2012, “Que regula la actividad de seguros y dicta otras disposiciones”.