

La corrupción privada y el rol de los facilitadores, medidas preventivas y sanciones.

Dr. Carlos Barsallo
1 febrero 2024



CONGRESO BILATERAL
E INTERNACIONAL
DE LA FISCALÍA GENERAL DE CUENTAS



A 20 AÑOS DE LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCION. RETOS, AVANCES Y OPORTUNIDADES

PLAN

- 1. Corrupción. Concepto.
- 2. Porterros/Guardianes vs. Facilitadores.
- 3. Abogados.
- 4. Contadores/auditores.
- 5. Cómplices.
- 6. Delitos Financieros.
- 7. Medidas preventivas. Incentivos.
- 8. Castigo. Responsabilidad penal persona jurídica.
Inhabilitación y contratación pública.



1. CORRUPCIÓN. CONCEPTO.

• *Abuso de poder encomendado para el beneficio propio.*

- Auto Juzgado Tercero de Circuito de lo Civil. Panamá.
30.7.20.



CONGRESO BILATERAL
E INTERNACIONAL
DE LA FISCALÍA GENERAL DE CUENTAS



A 20 AÑOS DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA
LA CORRUPCIÓN. RETOS, AVANCES Y OPORTUNIDADES

1. CORRUPCIÓN. CONCEPTO.

- Privada. Soborno privado. Art. 253 Código penal panameño.
 - Persona del sector privado.
 - Beneficio indebido.
 - Faltar al deber inherente a sus funciones.

Soborno en el sector público y **privado** (artículos 15,16 y 21. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) lo incluye como delito de corrupción.

Ley 15 de 2005. Panamá aprueba la CNUCC



2. PORTEROS/GUARDIANES vs. FACILITADORES

- **Porteros.** ¿Quiénes son? Abogados, contadores, auditores, banqueros, asesores y administradores de inversión, fiduciarios, entre otros.

*"Los facilitadores profesionales son guardianes del sistema financiero cuya conducta **deliberada, cómplice o negligente** puede abrir puertas cerradas para que los delincuentes laven sus fondos ilícitos.*

Estos facilitadores pueden actuar como individuos, organizaciones o redes en sectores financieros o no financieros."

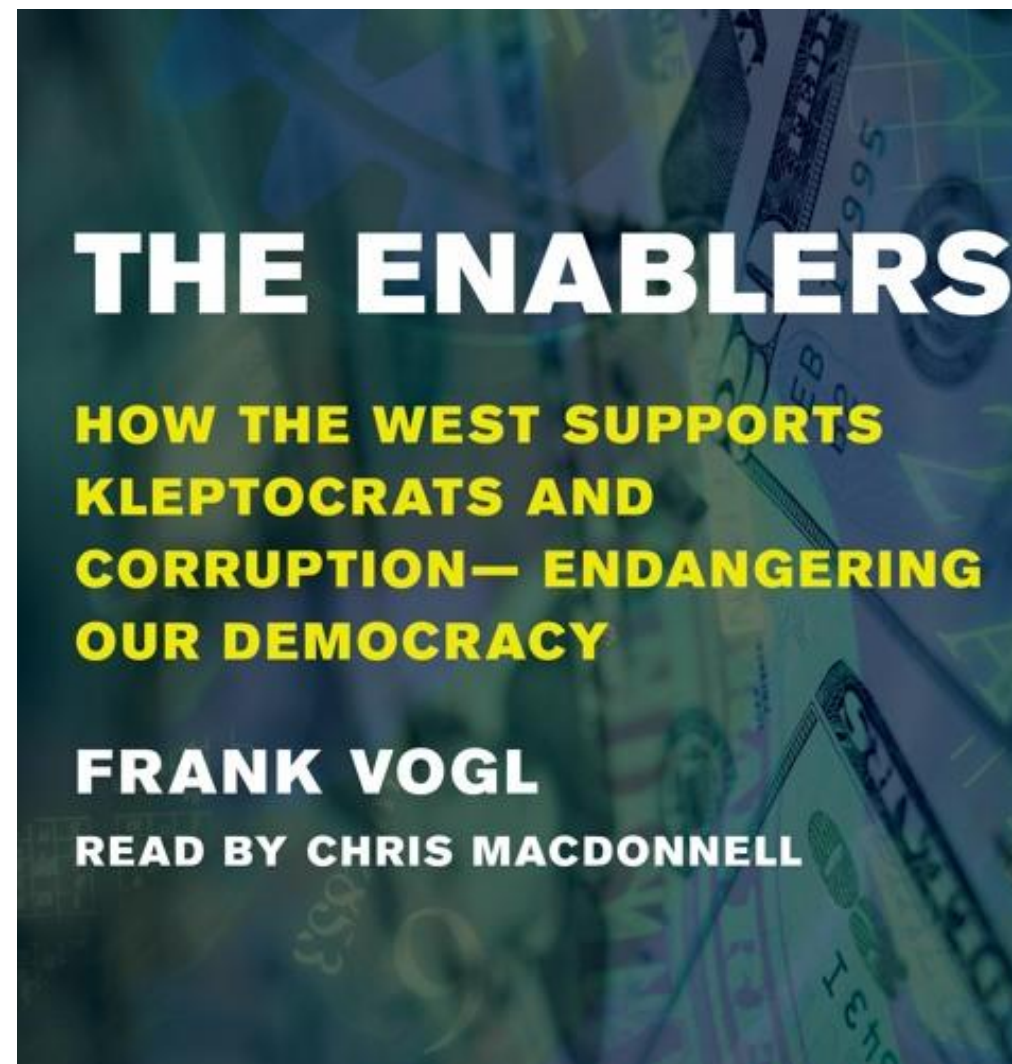
Jorum Duri. 2020. Professional enablers of economic crime during crises.



2. PORTEROS/GUARDIANES vs. FACILITADORES

“La lucha contra la corrupción y el lavado de dinero no puede tener éxito cuando los porteros se convierten en habilitadores/facilitadores.”

Delia Ferreira, ex presidenta de
Transparencia Internacional



2. WHITEWASHING. BLANQUEO DE REPUTACIÓN

- *“Implica minimizar u oscurecer la evidencia de corrupción y autoritarismo en el país de origen del cleptócrata y cambiar la imagen de los cleptócratas como ciudadanos globales comprometidos. El blanqueo de la reputación comprende una red de prácticas interrelacionadas que van más allá del ámbito económico para abarcar diversas técnicas políticas y de redes sociales. Estos incluyen asegurar el derecho del cleptócrata a residir en el extranjero, llevar a cabo una agresiva campaña de creación de imagen y relaciones públicas, y utilizar actividades filantrópicas para encerrar al cleptócrata en una red de alianzas transnacionales.”*

- The rise of Kleptocracy: Laundering Cash, Whitewashing Reputations.



3. ABOGADOS.

- Ayuda inicial. Por ejemplo, con la creación de sociedades u otras estructuras jurídicas (fundaciones, fideicomisos). Proporcionando personas para que actúen como directores nominales.
- Ayuda durante. Preparando contratos simulados.
- Ayuda posterior. Con el lavado de dinero, presentando facturas por servicios profesionales inexistentes o inflados.



3. ABOGADOS. NORMATIVA

- Ley 350 de 2022. Reemplaza Ley 9 de 1984.
- Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Colegio Nacional de Abogados (CNA).
- Como ex presidente del Tribunal de Honor del CNA puedo reiterar dos aspectos a mejorar:
 - La posibilidad de actuación de oficio del Tribunal de Honor del CNA.
 - Aumentar el plazo corto de prescripción actual (hoy 1 año).



3. ABOGADOS Y OBLIGACIÓN DE CONOCER AL CLIENTE Y REPORTAR OPERACIONES SOSPECHOSAS

- La tienen en:
- Unión Europea (UE), caso 305/05. *Order des barreaux francophones et germanophones v. Conseil des ministres*, 2007. Excepción información sobre cliente en un procedimiento judicial.
- Tribunal Europeo Derechos Humanos *Michaud vs. France*. 2012. Privilegio solo aplica a la función de abogado de defender cliente durante juicio.
- Reino Unido, obligación en *The money laundering, terrorist financing and transfer of funds regulations 2017*.
- No la tienen en:
- Canadá. Estados Unidos. En *Canada v. Federation of Law societies of Canada 2015* inconstitucional por cuestiones de confidencialidad.



3. ABOGADOS Y OBLIGACIÓN DE CONOCER AL CLIENTE Y REPORTAR OPERACIONES SOSPECHOSAS

- Profesor Michael Levi en su trabajo: *¿Los abogados como facilitadores del blanqueo de capitales? Una relación cambiante y controvertida*, describe la evolución del tema.

Panamá evolución en últimos 30 años:

- 1994. Limitado a blanqueo por un solo delito (narcotráfico). D.E. 468/1994).
- Ley 2 de 2011 condiciones muy especiales para abogados.
- Ley 23 de 2015 de aplicación general a otros sujetos obligados.
- Ley 254 de 2021, deroga la Ley 2 de 2011.



3. ABOGADOS Y OBLIGACIÓN DE CONOCER AL CLIENTE Y REPORTAR OPERACIONES SOSPECHOSAS

- Ley 2 de 2011 (derogada en 2021). Condiciones especiales para abogados:
 - 1. Expresamente se aseguraba que no había la obligación de realizar acción o verificación proactiva de la información proporcionada por el cliente.
 - 2. Abogado no podía ser considerado cómplice o autor, si el cliente es encontrado culpable de una violación de la ley, lo cual no permitía- *a priori*- la aplicación del artículo 44 del código penal sobre cómplice.
 - 3. Abogado no requería obtener información del tercero en nombre del cual actúa el cliente en ciertas circunstancias.



3. ABOGADOS Y OBLIGACIÓN DE CONOCER AL CLIENTE Y REPORTAR OPERACIONES SOSPECHOSAS

La ley 23 de 2015 contiene una llamada *protección del secreto profesional*.

Los abogados que en el ejercicio de su actividad profesional se clasifiquen como actividades realizadas por profesionales sujetas a supervisión **no tienen** que reportar transacciones sospechosas:

“si la información pertinente se obtuvo en circunstancias en las que estos están sujetos al secreto profesional o privilegio profesional legal en la defensa de su cliente o la confesión que su cliente realice para su debida defensa.” (Art. 25).



CONGRESO BILATERAL
E INTERNACIONAL
DE LA FISCALÍA GENERAL DE CUENTAS



A 20 AÑOS DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA
LA CORRUPCIÓN. RETOS, AVANCES Y OPORTUNIDADES

3. ABOGADOS Y OBLIGACIÓN DE CONOCER AL CLIENTE Y REPORTAR OPERACIONES SOSPECHOSAS

- En Panamá se omite considerar la ampliamente aceptada, legal y jurisprudencialmente, excepción al secreto profesional de delitos y fraudes.
- Esta excepción-muy necesaria si se quiere justicia- se explica y entiende muy fácilmente.
- Si un cliente pide a un abogado una opinión/servicio que le ayude a cometer un delito, incluyendo, por ejemplo, la ocultación de ingresos o bienes obtenidos ilícitamente, el contenido de la conversación NO está protegido por el secreto profesional.
- Tanto la complicidad como el secreto profesional dependen de cada caso y circunstancias. No es posible una exoneración, como tampoco lo es una condena, por adelantado, como la que se ha esgrimido en Panamá.



3. ABOGADOS Y OBLIGACIÓN DE CONOCER AL CLIENTE Y REPORTAR OPERACIONES SOSPECHOSAS

- En Panamá el abogado es “auxiliar de la justicia” y no debe prestarse para la violación de la ley. Parece innecesario señalar lo obvio, pero no lo es.
- Falta a la ética el abogado que: *“Estorbe la buena y expedita administración de justicia, aconseje la comisión de actos fraudulentos.”*
- Si este sencillo, pero poderoso principio, se respetase siempre, o se castigase cuando no se cumple, se respetaría más la profesión y se combatiría la corrupción.



CONGRESO BILATERAL
E INTERNACIONAL
DE LA FISCALÍA GENERAL DE CUENTAS



A 20 AÑOS DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA
LA CORRUPCIÓN. RETOS, AVANCES Y OPORTUNIDADES

4. CONTADORES/AUDITORES

- Ley 280 de 2021. Reemplaza la Ley 57 de 1978.
- Actos de la profesión. Dar fé pública.
- Responsabilidad por servicios auditoría externa. Se limita a la Opinión.
- Responsabilidad es de la administración y no del auditor.



CONGRESO BILATERAL
E INTERNACIONAL
DE LA FISCALÍA GENERAL DE CUENTAS



A 20 AÑOS DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA
LA CORRUPCIÓN. RETOS, AVANCES Y OPORTUNIDADES

4. CONTADORES/AUDITORES

- Requisitos para obtención de idoneidad. Más estrictos que para abogados. No haber sido condenado por delito doloso durante los 7 años anteriores a la solicitud.
- Más largo periodo de prescripción que para abogados. 5 años para contador. 1 año para abogado.
- Problemas actuales con el Código de Ética. D.E. 26 de 1984.
- Mora en nuevo Código. Obligatorio tenerlo en no más de 6 meses de entrada en vigor nueva ley. Va 1 año 8 meses de mora.
- Problemas con regulador, Junta Técnica de Contabilidad y cumplimiento práctico. No se registran/informan sanciones. A diferencia del caso de abogados. (Página Web del Órgano Judicial).
- Fuente: Resultados de evaluaciones internacionales. Banco Mundial ROSCs 2004 y 2009.



4. CONTADORES/AUDITORES

- Ley 23 de 2015 contiene una llamada *protección del secreto profesional*.
- Los contadores que en el ejercicio de su actividad profesional se clasifiquen como actividades realizadas por profesionales sujetas a supervisión no tienen que reportar transacciones sospechosas
- “*si la información pertinente se obtuvo en circunstancias en las que estos están sujetos al secreto profesional o privilegio profesional legal en la defensa de su cliente o la confesión que su cliente realice para su debida defensa.*” (Art. 25).
- **Norma *inaplicable* a contadores. No ejercen defensa de su cliente.**



CONGRESO BILATERAL
E INTERNACIONAL
DE LA FISCALÍA GENERAL DE CUENTAS



A 20 AÑOS DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA
LA CORRUPCIÓN. RETOS, AVANCES Y OPORTUNIDADES

4. CONTADORES/AUDITORES. DERECHO COMPARADO. ENERO 2024.

- El Tribunal Supremo Italiano ha dictaminado que los contadores deben informar operaciones sospechosas a la Unidad de Análisis Financiero.
- Se trató de un caso que involucró retiros sustanciales de efectivo de una empresa, por un total de alrededor de 12 millones de euros en dos años.
- La empresa fue multada por el Ministerio de Economía y Finanzas, la multa fue posteriormente anulada por el Tribunal de Apelación, pero el Ministerio apeló.
- El Tribunal Supremo revocó la decisión anterior, **afirmando que el contador debería haber denunciado la operación sospechosa de blanqueo.**



5. CÓMPLICES

- **Autor:** Realiza la conducta. Art. 43 Código penal.
- **Complice primario:** Presta ayuda sin la cual el autor no habría podido cometer el delito. Art. 44 Código penal.
- **Complice secundario:** Brinda ayuda u oculte el producto del delito, en cumplimiento de una promesa hecha con anterioridad a su ejecución. Art. 45 Código penal.



5. ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR. DELINCUENCIA ORGANIZADA.

- **Asociación ilícita para delinquir:** 3 o más personas se conciertan para cometer delitos. Pena agravada (6 a 12 años prisión) **blanqueo de capitales, delitos financieros (que incluye corrupción privada, soborno privado)**, entre otros. Art. 329.
- **Delincuencia organizada:** Grupo delictivo organizado con propósito de cometer delitos, **blanqueo de capitales, delitos financieros (que incluye corrupción privada, soborno privado)**, entre otros. Art. 328-A.



CONGRESO BILATERAL
E INTERNACIONAL
DE LA FISCALÍA GENERAL DE CUENTAS



6. BLANQUEO DE CAPITALES CORRUPCIÓN. DELITOS FINANCIEROS. SOBORNO PRIVADO

- Art. 254. Blanqueo de capitales. 39 delitos precedentes. Incluye corrupción y delitos financieros.
- Delitos financieros incluyen:
- Art. 244. Destrucción, ocultamiento o falsificación de registros de contabilidad en ciertos supuestos. 6 a 8 años.
- Art. 245. En personas registradas en regulador de valores o con licencia expedida por dicho regulador.
- Art. 246. Sanciones se agravan de un tercio a la mitad si los hechos los realiza un **contador público autorizado**.



6. ACTIVIDADES QUE NO REQUIEREN PARTICIPACIÓN

- A sabiendas de procedencia.
- Oculte
- Encubra
- Impida
- Determinación
- Origen
- Ubicación
- Destino
- Propiedad



CONGRESO BILATERAL
E INTERNACIONAL
DE LA FISCALÍA GENERAL DE CUENTAS



A 20 AÑOS DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA
LA CORRUPCIÓN. RETOS, AVANCES Y OPORTUNIDADES

6. ACTIVIDADES QUE NO REQUIEREN PARTICIPACIÓN

- Dineros
- Bienes
- Proviengan, o se hayan obtenido directa o indirectamente
- Entre otros de **blanqueo de capitales, delitos financieros.**
- **O de cualquier otro modo, ayude a asegurar su provecho.**



CONGRESO BILATERAL
E INTERNACIONAL
DE LA FISCALÍA GENERAL DE CUENTAS



A 20 AÑOS DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA
LA CORRUPCIÓN. RETOS, AVANCES Y OPORTUNIDADES

6. IGNORANCIA DELIBERADA

FALLO CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PANAMÁ

- "En los tipos previstos en nuestro Código incurre en responsabilidad, incluso quien actúa con **ignorancia deliberada (willful blindness)**, respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otros a título de culpa. Y ello, tanto si hay representación, considerando el sujeto posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello actúa, confiando en que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen, como cuando no la hay, **no previendo la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo, pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero. Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante circunstancias sospechosas.**"

18 de julio de 2011. Citando sentencia del TS español 1034/2005 de 14 de septiembre de 2005.



7. MEDIDAS PREVENTIVAS. EJEMPLOS.

- Uso de preventivo de las declaraciones de **conflicto de intereses**. (Ejemplo caso Panamá, iniciativa incipiente e imperfecta. Caso Sala III conflicto de intereses contrato minero).
- Uso del **compliance** como medida para mitigar riesgos de corrupción y violaciones regulatorias. (Ejemplo, caso Estados Unidos, FCPA, DOJ y programas de cumplimiento).
- Obligando a la existencia y mantenimiento de programas de cumplimiento efectivos y eficaces, medidos por terceros independientes como requisito para poder **contratar con el Estado**. (Ejemplo, caso argentino Artículo 24 Ley 27,401)).
- **Exonerando de responsabilidad penal** a las personas jurídicas que puedan demostrar que mantienen programas de cumplimiento, debidamente auditados por terceros independientes. (Ejemplo, caso español. Exoneración Deloitte. Caso estados financieros de emisor Bankia).



7. CONFLICTO DE INTERESES

LEY 316 DE 2022

- Formulario Único de Declaración jurada de Intereses Particulares
- Debe ser utilizado también por las personas naturales privadas o miembros de la junta directiva, dignatarios, accionistas, beneficiarios finales y apoderados de personas jurídicas a los que se les adjudiquen licitaciones públicas de bienes o servicios con el Estado.
- La licitación pública es la forma de contratación pública requerida por la Ley 22 de 2006 para asuntos de cuantía superior a \$50,000.00.
- Son considerados sujetos obligados y como consecuencia, deben usar el Formulario Único de Declaración de Intereses Particulares, “la junta directiva de los organismos no gubernamentales (ONGs) que hayan recibido o reciban fondos, capital o bienes del Estado.”



8. RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

- Art. 51 Código Penal. Cuando una **persona jurídica sea usada o creada para cometer delito**, aunque no sea beneficiada por él, se le aplicará cualesquiera de las sanciones siguientes:
 1. Cancelación o suspensión de la licencia o registro por un término no superior a cinco años.
 2. Multa no inferior a cinco mil balboas (B/. 5,000.00) ni superior al doble de la lesión o al beneficio patrimonial.
 3. Pérdida total o parcial de los beneficios fiscales.
 4. **Inhabilitación para contratar con el Estado, directa o indirectamente, por un término no superior a cinco años, la cual será impuesta junto con cualquiera de las anteriores.**
 5. Disolución de la sociedad.



CONGRESO BILATERAL
E INTERNACIONAL
DE LA FISCALÍA GENERAL DE CUENTAS



A 20 AÑOS DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA
LA CORRUPCIÓN. RETOS, AVANCES Y OPORTUNIDADES

8. EXCEPCIONES

- Artículo 24 ley de contrataciones públicas (22 de 2006) de Panamá dispone:
- “Artículo 24. Incapacidad legal para contratar.
- *“Podrán contratar con las entidades estatales las personas naturales capaces conforme al derecho común, y las personas jurídicas legalmente constituidas, sean nacionales o extranjeras, siempre que no se encuentren comprendidas dentro de alguna de las situaciones siguientes:*
- **9. *Quien celebre acuerdos de colaboración judicial o de pena, reconociendo la comisión de delitos contra la Administración pública, delitos contra el orden económico, delitos contra la seguridad colectiva, delitos contra el patrimonio económico o delitos contra la fe pública. En todo caso, la incapacidad para contratar no se extenderá más de tres años.*”**
- **Los delitos financieros están comprendidos entre los delitos contra el orden económico. Por ende, el soborno privado queda incluido en este supuesto.**



8. EXCEPCIONES

- **“Quedan exceptuados de este supuesto quienes cuya colaboración eficaz haya conducido al esclarecimiento del delito para evitar que continúe su ejecución, para evitar que se realicen otros delitos o cuando la información aportada haya sido esencial para descubrir a sus actores o partícipes.”**



CONGRESO BILATERAL
E INTERNACIONAL
DE LA FISCALÍA GENERAL DE CUENTAS



A 20 AÑOS DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA
LA CORRUPCIÓN. RETOS, AVANCES Y OPORTUNIDADES

8. EXCEPCIONES

- En Panamá en materia de contratación pública, y a efectos de la incapacidad legal para contratar:
 - a. Existe un acuerdo de colaboración judicial que no es el acuerdo de colaboración eficaz.
 - b. Solo los acuerdos de colaboración judicial que no son eficaces generan la incapacidad legal para contratar con empresas estatales.
- Esta excepción es la que permite que empresas o personas imputadas por delitos, entre ellos corrupción, terminen en la práctica contratando, inclusive de forma directa sin participar en procedimiento de contratación pública, con el Estado.
- Ante la duda el 15 de febrero de 2021 elevé, en ese momento como presidente de Transparencia Internacional Panamá, consulta a la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP).
- Recibí respuesta el 10 marzo 2021 mediante nota DGCP-DS-DJ-203-2021 confirmando lo indicado.



CONCLUSIONES

- Abogados y contadores pueden ser facilitadores o cómplices en casos de corrupción privada.
- Corrupción privada es delito financiero, delito precedente de blanqueo de capitales.
- La persona jurídica puede ser sancionada con la inhabilitación para contratar con el Estado. Esta inhabilitación admite excepciones.
- Hay mecanismos preventivos e incentivos que se están usando cada vez más en el derecho comparado como el *compliance*, la exoneración penal por buen *compliance*, la necesidad de tener *compliance* para poder contratar con el Estado, manejo de conflicto de intereses y énfasis en sanciones éticas a facilitadores.
- **Panamá todavía no aprovecha estos mecanismos de forma satisfactoria.**



CONGRESO BILATERAL
E INTERNACIONAL
DE LA FISCALÍA GENERAL DE CUENTAS



Gracias!



III CONGRESO BILATERAL E INTERNACIONAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE CUENTAS

A 20 AÑOS DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA
LA CORRUPCIÓN. RETOS, AVANCES Y OPORTUNIDADES

