

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**EL SECRETO BANCARIO:
DE LA IMPERIOSA NECESIDAD DE SU REFORMA EN LA LEGISLACIÓN
GUATEMALTECA**

KAREM BETZABÉ GIRÓN CHÁVEZ

GUATEMALA, AGOSTO 2012

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**EL SECRETO BANCARIO: DE LA IMPERIOSA NECESIDAD DE SU REFORMA EN LA
LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

KAREM BETZABÉ GIRÓN CHÁVEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto 2012

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRATICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. César Augusto Conde Rada
Vocal	Licda. Irma Leticia Mejicanos Jol
Secretario	Lic. Álvaro Hugo Salguero Lemus

Segunda Fase:

Presidente	Licda. Crista Ruiz Castillo de Juárez
Vocal	Lic. David Sentes Luna
Secretario	Licda. Irma Leticia Mejicanos Jol

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Licenciado

Javier A. Romero Del Valle

10 ma. Avenida 13-58 Edificio Duarte Zona 1 of. 407

Guatemala, 10 de enero de 2012

Lic. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY

Jefe de unidad de asesoría de tesis

Facultad de ciencias jurídicas y sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho.

Licenciado Castro:



Atentamente me dirijo a usted en atención a su ~~oficio de fecha 31 de agosto~~ del año dos mil once, en el cual se me nombra como asesor de la tesis de la estudiante Karem Betzabé Girón Chávez, carné número 200115853, del trabajo de investigación intitulado: "EL SECRETO BANCARIO: DE LA IMPERIOSA NECESIDAD DE SU REFORMA EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA". Atendiendo a tan honrosa distinción, procedí en la forma siguiente:

Cumpliendo con el contenido del **Artículo treinta y dos (32) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura y el examen público**, doy a conocer lo siguiente:

- a) El contenido de la tesis, realizada por la estudiante Karem Betzabé Girón Chávez, es interesante y valioso, ya que da un aporte para que las autoridades encargadas de la legislación en Guatemala tomen en cuenta, que es necesaria la reforma a la figura del secreto bancario para lograr una adecuada recaudación tributaria y evitar el lavado de dinero.
- b) Se realizó una investigación seria y actualizada del tema, tomando en cuenta todo lo relativo a que siguió los métodos: inductiva, analítico, descriptivo, sintético, los cuales le sirvieron para estructurar el trabajo.
- c) Entre las técnicas de investigación utilizó: la bibliográfica y la documental, que la orientaron en el desarrollo de su investigación



Licenciado

Javier A. Romero Del Valle

10 ma. Avenida 13-58 Edificio Duarte Zona 1 of. 407

- d) Su redacción es clara y adecuada al tema objeto de análisis.
- e) Las conclusiones constituyen una síntesis de la investigación realizada.
- f) Las recomendaciones reflejan su interés por lo expuesto, principalmente en que: El Estado de Guatemala deberá implementar normas anti-elusivas y anti-evasivas que permitan erradicar conductas nocivas e ilegítimas en el ámbito económico, político y principalmente tributario, la reforma al secreto bancario se vislumbra como un mecanismo para erradicar el lavado de dinero y contribuir de esta manera al fortalecimiento de el ámbito tributario nacional por lo que deberá impulsarse que la legislación actual en el ámbito de la confidencialidad de las operaciones bancarias pueda realizar una misión eficaz, mediante la reforma adecuada.
- g) Acompañó bibliografía pertinente y necesaria que le sirvió de base y enriqueció el trabajo de investigación.

Por la razones consideradas, al concluir mi labor como asesor doy mi opinión favorable, en virtud que el trabajo realizado por la estudiante, Karem Betzabé Girón Chávez, cumple con lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen General Publico, solicitando se apruebe y continúe con el tramite que corresponde.

Con las muestras de mi distinguida consideración, me suscribo, del Señor Jefe de la unidad de tesis de la Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales de la universidad de San Carlos de Guatemala.

Atentamente,

Licenciado
Javier A. Romero Del Valle
Abogado y Notario
Colegiado 9,056

LICENCIADO
JAVIER ALEXANDER ROMERO DEL VALLE
ABOGADO Y NOTARIO

Tel. 22306090 - 50831951.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veinte de enero de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **RODOLFO POLANCO GIL**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **KAREM BETZABÉ GIRÓN CHÁVEZ**, Intitulado: **“EL SECRETO BANCARIO: DE LA IMPERIOSA NECESIDAD DE SU REFORMA EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CMCM/ jrvch.

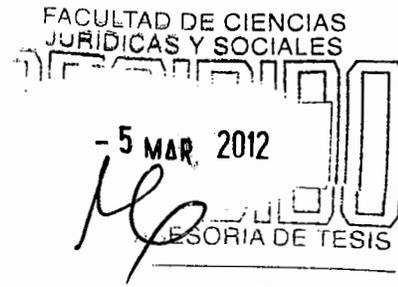


Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
Abogado y Notario
12 calle 2-04 zona 9 Oficina 211
2º. Nivel, Edificio Plaza del Sol
Tcl. 2362-5828



Guatemala, 5 de marzo de 2012.

Licenciado: Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Respetable Licenciado:

En atención a la providencia de fecha veinte de enero de dos mil doce, en mi calidad de Revisor del trabajo de tesis de la Estudiante **KAREM BETZABÉ GIRÓN CHÁVEZ**, con carné universitario No.200115853, denominado **"EL SECRETO BANCARIO: DE LA IMPERIOSA NECESIDAD DE SU REFORMA EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA"**, basado en la propuesta que se formula en el mismo, se determina que su contenido constituye un aporte fundamental en el cumplimiento de tales diligencias, sobre todo si se toma en cuenta que dentro de la propuesta de la ponente, se formula un estudio comparado con normas ordinarias vigentes en Guatemala y de los requerimientos internacionales en cuanto al control del lavado de dinero, circunstancia que objetivamente se acerca a la realidad actual de la sociedad guatemalteca.

OPINION:

Es procedente señalar que el contenido científico y técnico, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, manifiestan las limitantes actuales de la Superintendencia de Administración Tributaria en cuanto a la recaudación de los tributos y la forma en que se utiliza la confidencialidad de las operaciones bancarias dentro del sistema financiero como un medio para el lavado de dinero y otros activos. Por lo que se recomienda, que se reforme la legislación actual sin menoscabar lo regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, en lo que referente a la Garantía de Confidencialidad; además, la bibliografía consultada por la presentante, hace que el contenido de la investigación pueda ser considerada como una verdadera contribución científica. Se abordan en el trabajo los conceptos sobre el secreto bancario, y por tanto, del derecho penal tributario y del

Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
Abogado y Notario
12 calle 2-04 zona 9 Oficina 211
2º. Nivel, Edificio Plaza del Sol
Tel. 2362-5828



lavado de dinero y otros activos. Ambos enfocados desde un punto de vista moderno, encauzando el análisis en la detección de una reforma que logre un desarrollo integral en el combate del lavado de dinero y la eliminación de la actual defraudación tributaria que se da en Guatemala.

En lo fundamental, la estudiante de derecho estableció que algunas de las infracciones legales al sistema tributario y a la lucha contra el lavado de dinero y otros activos, pueden ser atribuidas a la figura de la confidencialidad de las operaciones, que da lugar a una facilidad para la comisión de estos hechos delictivos.

El aporte de la estudiante, fue tratar de explicar una teoría que coadyuva a enfatizar la necesidad e importancia de la conexión entre los controles tributarios y el control bancario. Sin embargo, su contribución fue advertir no sólo la necesidad de reformar la figura de la confidencialidad de las operaciones, sino que también efectúa un análisis completo para sustentar sus recomendaciones, adquiriendo de manera plena el sustento necesario para definir la importancia de efectuar la reforma planteada.

En tal virtud, y siendo que el contenido del documento se encuentra acorde con los requisitos establecidos para la elaboración de trabajos de tesis de conformidad con el Artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciaturas en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público, es procedente **DICTAMINAR FAVORABLEMENTE** a efecto de que dicho trabajo sea sometido al examen público previo a conferírle a la estudiante, el título académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, y los títulos de Abogada y Notaria.

Sin otro particular, atentamente,

Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
Revisor de Tesis
Abogado y Notario
Colegiado No. 3826

Lic. Rodolfo Polanco Gil
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintisiete de julio de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante KAREM BETZABÉ GIRÓN CHÁVEZ, titulado EL SECRETO BANCARIO: DE LA IMPERIOSA NECESIDAD DE SU REFORMA EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

BAMO/vic



Rosario





DEDICATORIA

A Dios:

Quien siempre me ha tenido en sus manos y por quien hoy logró alcanzar lo que alguna vez era un sueño nada más, a Él más que a nadie le dedico este esfuerzo, porque fue Él quien me dio la fuerza, la sabiduría y todo lo que necesitaba para alcanzarlo, a Él sea toda la gloria por siempre y para siempre.

A mi madre:

Porque me enseñó a luchar y me hizo entender que nada en la vida es tan difícil como para rendirme en el camino. Y más que nada por el ser el vaso que Dios utilizó para bendecirme.

A mi padre:

Porque en muchos momentos me sentí apoyada y entendida y porque eres de gran bendición para mí.

A mis hermanos:

A todos les agradezco su apoyo, sus palabras de aliento cuando creía que ya no podía más, gracias a todos porque no sólo son una bendición para mí sino un gran regalo de Dios en mi vida, bendiciones a todos.

A mi familia en general:

Gracias por brindarme su ayuda en este caminar. Dios le bendiga.



A Isaí Granados:

Ten presente que te agradezco todo lo que has hecho, gracias por tu apoyo incondicional y por el ánimo que me dabas para alcanzar esta meta en mi vida.

A mis amigos:

Gracias por haberme apoyado, animado y alentado a seguir adelante y hacerme creer que sí podía, y gracias por hacerme reír cuando muchas veces existía el miedo en mí, mil gracias a todos.

Al profesional del derecho:

Licenciado Javier Alexander Romero, quien a través de sus conocimientos me ha ayudado a alcanzar mi meta, brindándome su apoyo incondicional y una amistad digna de respetar.

**A la Gloriosa y Tricentennial
Universidad de San Carlos de
Guatemala y a la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales:**

Por haberme recibido en esta casa de estudios y permitir mi formación profesional, principalmente por enseñarme principios morales, éticos y sociales los que llevare en el ejercicio de mi profesión.

A usted:

Especialmente.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La Superintendencia de Administración Tributaria como instrumento generador de ingresos al fisco guatemalteco.....	1
1.1. Objeto de creación de la Superintendencia de Administración Tributaria en Guatemala.....	1
1.2. Funciones primordiales en materia de competencia de la Superintendencia de Administración Tributaria.....	2
1.3. Generalidades del derecho tributario.....	3
1.3.1. Definición de derecho tributario.....	4
1.4. El poder tributario.....	5
1.4.1. Características del poder tributario.....	5
1.4.2. Limitaciones al poder tributario mediante los principios de la tributación.....	6
1.5. División del derecho tributario.....	8
1.5.1. Derecho tributario material.....	8
1.5.2. Derecho tributario formal.....	8
1.5.3. Derecho tributario procesal.....	9
1.6. Fuentes del derecho tributario.....	9
1.6.1. El tributo como elemento fundamental del derecho tributario.....	9
1.6.2. Términos fundamentales para el derecho tributario: La obligación tributaria.....	11
1.6.3. Sujetos de la relación jurídica tributaria.....	11
1.6.4. Relación de la política fiscal y el derecho tributario.....	12
1.7. Recaudación fiscal.....	14
1.8. Los delitos tributarios regulados en el derecho penal tributario.....	14



1.8.1. Naturaleza jurídica.....	16
1.8.2. El bien jurídico tutelado.....	16

CAPÍTULO II

2. La organización bancaria y la importancia de la secretividad de sus operaciones.....	17
2.1. Etimología y antecedentes históricos de la banca.....	17
2.2. Antecedentes históricos de la banca en Guatemala.....	20
2.3. La actividad bancaria y el derecho bancario.....	21
2.3.1. Naturaleza jurídica del derecho bancario.....	22
2.4. El secreto como un concepto general.....	24
2.4.1. Por su conocimiento.....	24
2.4.2. Según su origen.....	25
2.4.3. El secreto procesal.....	26
2.5. El secreto bancario y su origen conceptual.....	27
2.5.1. Antecedentes históricos del secreto bancario.....	27
2.5.2. Concepto del secreto bancario.....	29
2.5.3. Naturaleza jurídica.....	30
2.5.4. Sujetos y obligaciones en el secreto bancario.....	32
2.6. Fines y funciones del secreto bancario.....	34

CAPÍTULO III

3. La legislación guatemalteca, génesis primordial del secreto bancario.....	35
3.1. La ley como fuente del secreto bancario.....	35
3.2. El interés social sobre el interés particular.....	38
3.3. Límite y extensión del secreto bancario.....	39
3.4. La relación del secreto bancario con la buena fe, el uso, el contrato y el secreto profesional.....	39
3.4.1. La buena fe.....	39



	Pág.
3.4.2. El uso.....	40
3.4.3. El contrato.....	41
3.4.4. El secreto profesional.....	41
3.5. El secreto bancario y su importancia en la transparencia de las operaciones.....	43
3.5.1. La Superintendencia de Administración Tributaria y el secreto bancario.....	46

CAPÍTULO IV

4. El lavado de dinero y otros activos y su relación con el secreto bancario.....	49
4.1. Antecedentes del delito.....	49
4.2. Definición de lavado de dinero.....	50
4.3. Breve análisis e interpretación de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala y su reglamento.....	52
4.3.1. Análisis e interpretación de la ley.....	52
4.3.2. Su relación con otras normas jurídicas.....	54
4.4. Prevención, control y vigilancia del lavado de dinero y otros activos.....	57
4.5. El oficial de cumplimiento.....	60
4.6. Funciones del oficial de cumplimiento.....	61
4.7. El Código de Conducta.....	62
4.8. Unidad de cumplimiento.....	65
4.9. El delito de lavado de dinero, un delito autónomo.....	67
4.9.1. Etapas en el delito de lavado de dinero.....	67
4.9.2. Del delito de lavado de dinero u otros activos en la legislación guatemalteca.....	69

CAPÍTULO V

5. El secreto bancario. De la imperiosa necesidad de su reforma en la legislación guatemalteca enfocados desde el punto de vista tributario, financiero y antievasión	77
5.1. Concepto de evasión tributaria	77
5.2. Circunstancias evasivas.....	78
5.3. Características del delito de evasión tributaria.....	79
5.4. La defraudación Tributaria.....	80
5.4.1. Definición.....	80
5.4.2. Delito de defraudación tributaria.....	81
5.5. Características del delito de defraudación tributaria.....	81
5.6. Análisis de la propuesta de reforma al secreto bancario: Iniciativa de Ley 4178 del Congreso de la República de Guatemala.....	83
5.6.1. Las temáticas abordadas en la iniciativa.....	85
5.6.2. La imperiosa necesidad de reforma del secreto bancario en Guatemala.....	86
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97



INTRODUCCIÓN

El presente informe de investigación tiene como fundamento, establecer los hallazgos encontrados en el análisis de las normas contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley de Bancos y Grupos Financieros, el Código Tributario, la Ley contra el Lavado de Dinero y otros Activos y del Proyecto de Ley 4178, respecto a la reforma sobre la confidencialidad de las operaciones bancarias, el llamado **secreto bancario**. A través del desarrollo de este trabajo, se demostró que respecto a estas normas, no existe una legislación adecuada, y que por ello se hace necesario reformar la legislación guatemalteca actual, para poder garantizar una apropiada recaudación tributaria y a la vez contribuir contra el lavado de dinero.

En el presente trabajo se considera pertinente reformar el Artículo que regula la confidencialidad de las operaciones, es decir, el secreto bancario, esto favorecería en gran manera a la recaudación fiscal y dichas reformas beneficiarían a fortalecer el sistema legal de prevención de los mencionados actos ilícitos y el sistema legal en general. Transparentando de esta manera las negociaciones comerciales tanto nacionales como internacionales y Guatemala al momento de ser evaluada en el ámbito internacional, dejaría de ser considerada como un paraíso fiscal y se contribuiría a la realización del fin supremo del Estado, el bien común.

La conclusión y la comprobación de la hipótesis, se corrobora en establecer que no existe una tutela legal efectiva en materia financiera y tributaria que brinde protección a la entidad encargada de la recaudación de los tributos. Se busca a través de la presente investigación, determinar con precisión la necesidad de reformar la legislación vigente, para que no sean contraproducentes los esfuerzos actuales. El trabajo para mayor comprensión ha sido dividido en cinco capítulos que agrupan diversos tópicos: En el primer capítulo, se analizan los orígenes históricos y la creación de la Superintendencia de Administración Tributaria; en el segundo capítulo, se acopia algunas



consideraciones de tipo general sobre la secretividad de la banca en sus operaciones reseña histórica de la banca en Guatemala; además considera los orígenes fidedignos del secreto bancario, su naturaleza, fundamento y objetivo; el tercer capítulo analiza la regulación del secreto bancario en Guatemala, en base a su génesis primordial, es decir, la ley como su fuente principal y desarrolla fundamentalmente, por qué es necesario que exista una conexión entre la Superintendencia de Administración Tributaria y la banca guatemalteca; el cuarto capítulo, versa sobre las normas jurídicas que tipifican el delito de lavado de dinero, la forma en que se lleva a cabo, cada una de sus etapas, así como las recomendaciones ratificadas e implementadas por el Estado de Guatemala; y por último el capítulo quinto, hace un análisis de la reforma propuesta al Congreso de la República de Guatemala que contiene el levantamiento del secreto bancario a favor de la administración tributaria. Debido a que era necesario contar con los mecanismos que sirvieran de enfoque soporte metódico a la presente investigación, que a la vez permitieran determinar las causas por las cuales considero la imperiosa necesidad de reformar el secreto bancario, se optó por utilizar los siguientes métodos de investigación: El método analítico: A través del cual se estudiarán los orígenes históricos del secreto bancario y su incidencia en el lavado de dinero y la evasión fiscal, su evolución y las diferentes técnicas para facilitar la comisión de hechos delictivos, y el método deductivo: se partió de los conceptos teóricos de la doctrina existente y del estudio de algunas situaciones similares en otros países para analizar la realidad objetiva de la importancia del estudio del lavado de dinero y la evasión tributaria y su incidencia en el secreto bancario.

El objetivo de esta tesis, es desentrañar la importancia de una reforma a la figura del secreto bancario regulada en la legislación guatemalteca, ya que la problemática se agrava en la medida que el Estado de Guatemala carece de los recursos necesarios para realizar una lucha frontal que contrarreste estas actividades delictivas, repercutiendo en que Guatemala posea una imagen negativa en el ámbito internacional.

CAPÍTULO I

1. La Superintendencia de Administración Tributaria como instrumento generador de ingresos al fisco guatemalteco

1.1 Objeto de creación de la Superintendencia de Administración Tributaria

Considero que es de suma importancia determinar por qué la Superintendencia de Administración Tributaria es primordial para la adecuada generación de ingresos para la economía del Estado. Por lo que iniciaré este trabajo de investigación desarrollando la razón por la cual dicha institución fue creada. El gobierno de Guatemala, por medio del Ministerio de Finanzas Públicas, inició a principios de 1997 un conjunto de acciones orientadas a transformar y fortalecer el sistema tributario del país. Dentro de estas acciones se incluyó la creación de la Superintendencia de Administración Tributaria – SAT-, con el propósito de modernizar la administración tributaria y dar cumplimiento a los compromisos fiscales contenidos en los Acuerdos de Paz y el Programa de Modernización del Sector Público.

“El proyecto de la creación y puesta en operación de la SAT, se inició en septiembre de 1997 con la integración de un equipo de trabajo responsable de administrarlo. El objetivo general del proyecto consistió en crear, diseñar y poner en funcionamiento una institución autónoma y descentralizada, moderna, eficiente y eficaz, que se hiciera cargo de la administración tributaria y aduanera, y que fuera capaz de incrementar los ingresos tributarios en forma sostenida, honesta y transparente. La creación de la SAT fue aprobada por el Congreso de la República, según Decreto Número 1-98, el cual entró en vigencia a partir del 21 de febrero de 1998”.¹

La Superintendencia de Administración Tributaria se puede definir como: “una entidad estatal descentralizada, con competencia y jurisdicción (“En sentido coloquial, la palabra **jurisdicción** es utilizada para designar el territorio, estado, provincia, municipio, región, país, etc., sobre el cual esta potestad es ejercida.

¹ Portal.sat.gob.gt. Fecha de consulta: 27/04/2012.

Del mismo modo, por extensión, es utilizada para designar el área geográfica de ejercicio de las atribuciones y facultades de una autoridad o las materias que se encuentran dentro de su competencia”²⁾ en todo el territorio nacional, para ejercer con exclusividad las funciones de administración tributaria, contenidas en la legislación”.³

La institución goza de autonomía funcional, económica, financiera, técnica y administrativa y cuenta con personalidad jurídica, patrimonio y recursos propios.

1.2 Funciones primordiales en materia de competencia de la Superintendencia de Administración Tributaria

Las funciones específicas de la Superintendencia de Administración Tributaria se encuentran contenidas en el Artículo tres del Decreto 1-98 del Congreso de la República (Ley Orgánica de la Superintendencia de Administración Tributaria), cada inciso desarrolla la competencia que le atribuyó el Artículo uno de esta ley, las que debe cumplir cada intendencia y los demás órganos administrativos que forman parte de la Superintendencia de Administración Tributaria. Tiene como objeto la Superintendencia de Administración Tributaria, ejercer con exclusividad las funciones de Administración Tributaria contenidas en la legislación de la materia y sus principales funciones se clasifican entre otras en:

- Ejercer la administración del régimen tributario, aplicar la legislación tributaria, la recaudación, control y fiscalización de todos los tributos internos y todos los tributos que gravan el comercio exterior, que debe percibir el Estado, con excepción de los que por ley administran y recaudan las Municipalidades;
- Establecer y operar los procedimientos y sistemas que faciliten a los contribuyentes el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.
- Establecer normas internas que garanticen el cumplimiento de las leyes y reglamentos en materia tributaria.

² www.es.wikipedia.org. Fecha de consulta: 27/04/2012.

³ Castillo González, Jorge Mario. Derecho administrativo, Pág. 29



-Solicitar la colaboración de otras dependencias del Estado, entidades descentralizadas, autónomas y entidades del sector privado, para realizar los estudios necesarios para poder aplicar con equidad las normas tributarias.

-Todas aquellas que se vinculen con la administración tributaria y los ingresos tributarios.

1.3 Generalidades del derecho tributario

En la presente investigación, el derecho tributario tiene relevancia en cuanto a que es la materia que origina el estudio de una reforma a una figura netamente financiera que beneficia en materia tributaria. Por lo mismo, se explicará el derecho tributario; a continuación el tributo, y finalmente una breve reseña de la política tributaria. Todos los temas están invariablemente relacionados.

La Enciclopedia Omeba señala que: “El origen del derecho tributario es indudablemente el tributo”⁴. El derecho tributario es el “conjunto de disposiciones y normas que tienen por objeto regular las relaciones surgidas de la obligación tributaria, entre el contribuyente y el Estado”⁵ Basándose en la doctrina existente, en criterio personal, el derecho tributario constituye un conjunto de normas que regulan una pluralidad de relaciones jurídicas, derechos, obligaciones, potestades, deberes y sujeciones en torno a lo que se ha llamado la relación jurídica tributaria, existente entre los ciudadanos y el Estado a través de los entes acreedores del tributo, en virtud de la cual ésta hace efectivo su derecho al cobro de las cargas y obligaciones.

La doctrina relacionada con el ámbito tributario, ha utilizado varios términos para referirse a ese campo del derecho. “Los tratadistas alemanes se refieren al mismo, como **derecho impositivo**, los estudiosos franceses lo nombran como **derecho fiscal** y la mayoría de los tratadistas latinoamericanos se refieren a éste, como **derecho tributario**, de igual forma que los tratadistas italianos”⁶

⁴ OMEBA, Enciclopedia Jurídica, pág. 77

⁵ Monterroso, Gladis. Apuntes de derecho tributario, pág. 25

⁶ Ibíd. Pág. 27

En las instituciones que se dedican a su estudio en América Latina, tales como el Instituto Latinoamericano de derecho tributario, e incluso la doctrina generada en nuestro país, predomina la terminología de derecho tributario. El derecho tributario tiene todos los elementos para considerarse su propia identidad y autonomía, dado que posee elementos propios tales como su propia legislación (Código Tributario, leyes especiales impositivas y sus reglamentos, etc.). Se estima que por sus características intrínsecas, esta rama del derecho se sitúa dentro del derecho público, en la clasificación clásica de las "disciplinas jurídicas"⁷.

1.3.1 Definición de derecho tributario

El tratadista Carlos María Giuliani Founrouge lo define así: "El derecho tributario o derecho fiscal es la rama del derecho financiero que se propone estudiar el aspecto jurídico de la tributación en sus diversas manifestaciones: Como actividad del Estado en sus diversas manifestaciones y como actividad del mismo en sus relaciones con éste con los particulares y en las que se generen entre estos últimos"⁸.

"Derecho tributario es la rama del derecho que trata las normas obligatorias y coactivas que regulan los derechos y obligaciones de las personas con respecto a la materia Tributaria"⁹.

"Es la rama del derecho público que fija y justifica los principios generales y jurídicos que existen y deben existir en las relaciones tributarias, haciendo posible su presencia y desarrollo posterior en los diversos tributos que integran los sistemas fiscales de cada país"¹⁰.

"Derecho tributario es la rama del derecho que estudia los principios, doctrinas, instituciones y legislación que regulan los derechos y obligaciones de las personas con respecto a la materia tributaria"¹¹.

⁷ Castillo González, Jorge Mario. Derecho administrativo, Pág. 29

⁸ Ibid. Pág. 30

⁹ Ibid. Pág. 30

¹⁰ Ibid. Pág. 31

¹¹ Ibid. Pág. 32



Para concluir, puedo indicar que derecho tributario es el conjunto de normas, principios y doctrinas jurídicas que regulan la actividad del Estado, que en ejercicio de su poder de imperio sobre los particulares, establece, administra y recauda los tributos que el mismo necesita para el cumplimiento de sus fines.

1.4 El poder tributario

El elemento esencial del derecho tributario es el poder tributario. Éste se define como “la facultad del Estado, en el cual crea normas impositivas que determinan los hechos generadores de las obligaciones tributarias, imponiendo a los particulares la obligación de aportar parte de su riqueza para el ejercicio de las atribuciones que compete realizar de conformidad con la Constitución”¹².

Esta potestad también se designa como supremacía tributaria, potestad impositiva, potestad tributaria, poder fiscal o poder de imposición, tal como se puede interpretar de la misma Constitución Política de la República de Guatemala. En otras palabras, es la aptitud jurídica del Estado o de otros entes públicos de crear tributos y exigir el cumplimiento de la obligación derivada de los mismos, a través de normas preestablecidas.

El fundamento del poder tributario se apoya en la soberanía y en el poder imperio que tiene el Estado.

1.4.1 Características del poder tributario

“El poder tributario tiene las características siguientes: a) Abstracto: porque no requiere de manifestaciones concretas del Estado para su existencia; b) Imprescriptible porque no se extingue más que con la extinción del Estado; c) irrenunciable porque es aquella facultad en que el Estado no puede abstenerse de usarla; y d) indelegable porque es una facultad propia del Estado, la cual no se puede delegar por prohibición expresa.

¹² Monterroso, Ob. Cit; pag. 35



Esta característica se relaciona con la territorialidad (límite especial de la competencia) y el principio de legalidad (todo poder deviene de una ley preestablecida).¹³

1.4.2 Limitaciones al poder tributario mediante los principios de la tributación

Aunque pareciera que el poder tributario es absoluto e ilimitado, no es así, ya que existen ciertos límites que lo restringen dentro del orden jurídico general del Estado, protegiendo con esto al contribuyente o responsable de los abusos de poder por parte de la administración tributaria, y para ello existen los principios de la tributación.

Los principios que permiten al Estado un poder imperio en cuyo ejercicio se encuentra la facultad de establecer impuestos a los contribuyentes. Los principios Constitucionales de no confiscatoriedad, evitar la doble tributación, justicia y equidad son algunos límites en el ejercicio del poder tributario; como por ejemplo, la Constitución Política de la República le señala al Congreso de la República cuáles son los límites en el ejercicio de tal potestad, al momento de decretar impuestos ordinarios y extraordinarios conforme a las necesidades del Estado.

“Los principios tributarios son: a) legalidad, b) capacidad de pago, no confiscatoriedad y no doble tributación, c) igualdad y generalidad, y d) justicia.”¹⁴

El principio de legalidad, su enunciado latino se define como: *Nulum tributum sine lege*, y se puede establecer que “es la suprema garantía individual, consistente en la necesidad de ley previa para su aplicación y coercitividad. Este principio comprende Reserva de la ley y preferencia de la ley”.¹⁵

La reserva de la ley se refiere a que la única fuente creadora de tributos debe ser la ley. De acuerdo con la Constitución, para que la ley tributaria pueda ser considerada como tal, deberá ser decretada por el órgano competente, el poder legislativo, y en ella deberá establecerse el tributo y regular todo lo relativo a las bases de recaudación del mismo.

¹³ *Ibid.*, pág. 36

¹⁴ *Ibid.*, Pág. 40

¹⁵ *Ibid.*, Pág. 40



La preferencia de la ley se refiere a que ésta es superior a cualquier reglamento, circular u otra clase de disposiciones, por lo que las normas contenidas en ellos no pueden contrariar u oponerse a las disposiciones de la ley.

La capacidad tributaria consiste en la aptitud que una persona tiene para soportar el peso de los impuestos sin que se vea afectada la satisfacción de sus necesidades esenciales o las de su grupo familiar, la que depende de la cuantía de la renta relacionada con ciertos factores como son; las cargas familiares, los gastos que haya tenido que hacer para producir la renta, las pérdidas sufridas.

La justicia y equidad, reguladas en la Constitución Política en el Artículo 243, que establece que un mismo hecho debe causar impuesto una sola vez, sin duplicar el pago a favor del fisco y en perjuicio del contribuyente, ordenando además que se eliminen tales casos, si los hubiera, en forma progresiva, a fin de no perjudicar los intereses del fisco. Respecto al principio de confiscatoriedad, es decir privar a una persona de sus bienes.

“En la doctrina existen otros criterios que deben ser considerados en la definición de confiscar: a) es confiscatorio lo que grava al capital; b) es confiscatorio lo que grava la propiedad; c) es confiscatorio lo que grava más cierto porcentaje de la renta. Por lo que se decir que un tributo confiscatorio es aquella obligación tributaria que genera, conforme a la ley, sobre la riqueza y bienes del sujeto pasivo (contribuyente o responsable) a favor del sujeto activo (administración tributaria)”¹⁶

Este principio constituye la protección a la propiedad privada que se encuentra establecido en la Constitución Política de la República, como garantía individual. En resumen, el principio de no confiscatoriedad es aquel principio que protege al contribuyente o responsable en no gravar de manera sustancial la renta o riqueza de éste; principio que se encuentra unido con la legalidad al defender el límite del hecho generador de la obligación tributaria del contribuyente o responsable.

¹⁶ Ibid. Pág. 42



Ahora bien, por principio de igualdad comprende “aquel por el cual ha de darse en la legislación tributaria, tratamiento análogo para quienes se encuentran en la misma situación frente al fisco. Ante todo en el sentido de uniformidad de trato en cuanto a las cargas tributarias, uniformidad que deviene de tomar en consideración la capacidad de pago de los sujetos afectados.”¹⁷

El principio de generalidad es el que garantiza que todas las personas están obligadas a contribuir con las arcas fiscales, abarcando íntegramente a todas las personas que se encuentran en la misma situación o categorías previstas en la ley, no sólo a una parte de ellas. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ha definido al principio de justicia como “Darle a cada cual lo que le corresponde”; dicho concepto está íntimamente relacionado con el nivel socio-económico de la persona”¹⁸.

Lo anterior sirve de base para llegar a la aseveración que, el principio de justicia es sinónimo de equidad y es la base de los principios Constitucionales tributarios que garantizan al contribuyente o responsable el efectivo ejercicio de sus derechos como sujeto pasivo de la obligación tributaria.

1.5 División del derecho tributario

Para efectos prácticos, la enciclopedia Omeba y la autora Gladis Monterroso, clasifican al Derecho Tributario en la siguiente manera:

1.5.1 Derecho tributario material

“El cual abarca lo atinente al estudio de las normas jurídicas, en las cuales se desarrolla la Relación Jurídico Tributaria, analizando la misma y sus elementos”¹⁹.

1.5.2 Derecho tributario formal

Estudia la aplicación de la norma material al caso concreto en sus diferentes aspectos, especialmente lo referente a la determinación del tributo. Siendo su objetivo el

¹⁷ Ibid. Pág. 43

¹⁸ Ibid. Pág. 44

¹⁹ Ibid. Pág. 45

establecer suma de dinero concreta y materializarla para efectos de captación de recursos a favor del Estado.

1.5.3 Derecho tributario procesal

“Se refiere al estudio de las normas jurídicas que establecen el debido proceso administrativo tributario, tanto dentro del ámbito de la determinación de la obligación tributaria (administrativo), como en lo referente al estudio de los distintos procedimientos judiciales que se relacionan con la actividad tributaria del Estado.

1.6 Fuentes del derecho tributario

Por la naturaleza jurídica de esta rama del derecho y dada las relaciones que se generan dentro de la misma, su única fuente es la ley”.²⁰

1.6.1 El tributo como elemento fundamental del derecho tributario

“El tributo, en la antigüedad, consistía en una forma de dar honor al rey o a la realeza, a quienes se otorgaba un pago especial que con tiempo pasó a ser el pago al Estado, sobre todo en el período de la humanidad en que se gesta la formación de los estados-naciones, y las formaciones monárquicas de administración pública empiezan a ceder a los gobiernos civiles”²¹.

Se puede afirmar con base a los estudios de la materia que en el decurso de la historia, el tributo transformó su denominación, sobre todo porque ya no constituía un honor a la corona, y pasó a denominarse impuesto.

En Guatemala, inclusive es posible vislumbrar el hecho de que la actual instancia encargada o vinculada con el pago de impuestos se denomine superintendencia de administración tributaria.

²⁰ Ibid. Pág. 46

²¹ Ibid. Pág. 47

El impuesto no es más que un tributo exigido en correspondencia a una prestación que se concreta de modo individual por parte de la administración pública y cuyo objeto de gravamen está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad contributiva del sujeto pasivo (sujeto económico que tiene la obligación de colaborar), como consecuencia de la posesión de un patrimonio, la circulación de bienes o la adquisición de rentas o ingresos. “Surge más técnicamente como la doctrina fiscal desarrollada por el filósofo social y economista estadounidense Henry George según la cual toda la carga impositiva debía reducirse a una única imposición sobre los bienes inmuebles.

Al formular su doctrina, reflejada en su libro Progreso y pobreza (1879), George estaba en parte influido por las ideas de John Locke y de sus contemporáneos y seguidores y por la ley de la renta de David Ricardo. George sostenía que todos tenían el mismo derecho de uso sobre la tierra, que la tierra aumentaba de valor en gran medida debido al crecimiento de la comunidad y que este valor, por lo tanto, era creado socialmente. El sistema de propiedad existente permitía a los terratenientes apropiarse de la mayor parte del valor de la tierra creado socialmente, por tanto era, según su opinión, la causa principal de las sorprendentes desigualdades sociales de la sociedad moderna. George proponía que se mantuviera la propiedad privada, pero urgía a que la sociedad se apropiara del valor de la tierra y dejara que el terrateniente se quedara con todo el valor de las mejoras que hubiera realizado en sus tierras. Realmente, según George, la única forma de alcanzar este objetivo era la imposición de un impuesto sobre el valor de la tierra. Tanto por una cuestión de justicia como para estimular que los terratenientes mejoraran sus tierras, George proponía que no se gravaran las mejoras”²².

De conformidad con la legislación tributaria guatemalteca, se reconocen tres tipos de tributos: los impuestos, los arbitrios, contribuciones especiales y contribuciones por mejoras. (Artículo 10 del Código Tributario de Guatemala, Decreto 6-91 del Congreso de la República de Guatemala). “Cuando el Estado actúa como ente público y satisface una necesidad colectiva que se concreta en prestaciones individualizadas que se otorgan a

²² *Ibíd.* Pág. 51

sujetos determinados, se les impone un tributo llamado tasa. La voluntad del usuario es determinante para producir o no el hecho sometido a gravamen, pero no para determinar el nacimiento, validez y contenido de la obligación, que derivan de la ley, única que puede regular esta obligación de derecho público”²³.

1.6.2 Términos fundamentales para el derecho tributario: La obligación tributaria

El Código Tributario señala que “la obligación tributaria constituye un vínculo jurídico, de carácter personal, entre la Administración Tributaria y otros entes públicos acreedores del tributo y los sujetos pasivos de ella” (Artículo 14, Decreto 6-91 del Congreso de la República de Guatemala.). Tiene por objeto la prestación de un tributo, surge al realizarse el presupuesto del hecho generador previsto en la ley y conserva su carácter personal a menos que su cumplimiento se asegure mediante garantía real o fiduciaria, sobre determinados bienes o con privilegios especiales. La obligación tributaria pertenece al derecho público y es exigible coactivamente.

1.6.3 Sujetos de la relación jurídica tributaria

- Sujeto activo

Es indudable que el sujeto activo en este caso es el Estado, que actúa como ente estatal encargado de exigir el cumplimiento de la obligación tributaria. “El Estado es el sujeto activo y como titular de la potestad tributaria, Actúa básicamente mediante los poderes que lo integran, como el organismo legislativo que crea las leyes tributarias, el organismo ejecutivo que tiene la atribución de la recaudación y el cobro coactivo y el organismo judicial, encargado de dar cumplimiento a los establecido en la legislación en materia judicial.”²⁴

- Sujeto pasivo

Es importante referirnos al sujeto pasivo, dado que es vital para la comprensión del enfoque del presente trabajo de tesis. El sujeto pasivo se encuentra representado por el

²³ Ibid. Pág. 48

²⁴ Ibid. Pág. 50

contribuyente, el deudor tributario, o el obligado ante el Estado, para dar cumplimiento a la obligación tributaria dado que el Artículo 135 de la Constitución Política de República de Guatemala norma como un deber de los guatemaltecos contribuir con el gasto público, en la forma prescrita en la ley. El contribuyente el Código Tributario los clasifica de la siguiente manera: deudores, agentes de retención, agentes de percepción, responsables.

1.6.4 Relación de la política fiscal y el derecho tributario

Dado que el tema principal de este trabajo gira en torno al porque es necesario reformar el secreto bancario en Guatemala, enfocados desde dos puntos de vista importantes como lo es la evasión fiscal y el lavado de dinero y otros activos es imprescindible hacer referencia al tema de la política fiscal, pero inicialmente debe tenerse claro su concepto, sus objetivos, sus áreas de acción y los principios bajo los cuales debe regirse. Sabiendo de antemano que existen otras investigaciones que se dedican a este tema en especial, en este capítulo se tratará de incluir estos aspectos de una manera general.

La política fiscal se puede definir como “una rama de la política económica que configura el presupuesto del Estado, y sus componentes, el gasto público y los impuestos como variables de control para asegurar y mantener la estabilidad económica, amortiguando las oscilaciones de los ciclos económicos y contribuyendo a mantener una economía creciente, de pleno empleo y sin inflación alta”.²⁵

Los principales ingresos de la política fiscal son por la vía de impuestos, derechos, productos, aprovechamientos y el endeudamiento público interno y externo. “La política fiscal como acción del Estado en el campo de las finanzas públicas, busca el equilibrio entre lo recaudado por impuestos y otros conceptos y los gastos gubernamentales.”²⁶

²⁵ Samuelson, Paul S.; Nordhaus William D. *Macroeconomía*. McGraw-Hill. Pag. 12.

²⁶ Biblioteca Virtual. Banco de la Republica. Colombia, Bogotá. “Guía Temática de Política Fiscal” <http://www.lablaa.org/ayudadetareas/economia/econo46.htm>. Fecha de consulta: 27/04/2012.



La Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 118, Principios del Régimen Económico y Social, indica: “El régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social... Es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional... Cuando fuere necesario, el Estado actuará complementando la iniciativa y la actividad privada, para el logro de los fines expresados”.

Los Acuerdos de Paz señalan: “la política fiscal (ingresos y gastos) es la herramienta clave para que el Estado pueda cumplir con sus obligaciones constitucionales y en particular con aquellas relacionadas con el desarrollo, la equidad y la justicia social”²⁷.

Es decir que la política fiscal debe constituirse en el mecanismo redistributivo del ingreso, generador de empleo, activador de la inversión, satisfactorio de las necesidades básicas. También en el instrumento financiero de la descentralización administrativa y del fortalecimiento de la participación civil en la toma de decisiones respecto a las obras y proyectos en el ámbito local; en el instrumento que permita la productividad del trabajo y la competitividad de la economía guatemalteca.

En este sentido, el sistema tributario debe tener como objetivo un fortalecimiento de la estructura tributaria y orientar el gasto y la inversión pública para cumplir con el objetivo de los acuerdos de paz; para que el sistema fiscal sea globalmente progresivo, tanto por el lado del ingreso como del gasto. La prioridad debe ser el gasto social, el financiamiento de la prestación de servicios públicos y la infraestructura básica de apoyo a la producción y comercialización.

Una estructura globalmente progresiva puede contribuir en la redistribución del ingreso y crear mejores condiciones para el crecimiento económico. Ambos componentes provocarán un aumento del bienestar económico y social, lo que a su vez influirá en la ampliación de la base tributaria y en el reforzamiento de una mejor estructura fiscal

²⁷ Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria, firmado el 6 de mayo de 1996, por la comisión de la Paz del gobierno de Guatemala y la unidad revolucionaria guatemalteca.
<http://www.guatemalaun.org/bin/documents/Socioecon%C3%B3mico%20y%20situaci%C3%B3n%20agraria.pdf>

globalmente progresiva, y creará de esta forma un círculo virtuoso favorable para el desarrollo.

1.7 Recaudación fiscal

El concepto de recaudación fiscal es “aquel que se aplica al acto que realiza un organismo, normalmente el Estado o el gobierno, con el objetivo de juntar capital para poder invertirlo y usarlo en diferentes actividades propias de su carácter.”²⁸ La recaudación fiscal es hoy en día un elemento central para todos los gobiernos ya que esos no son más que los fondos que podrá manejar el gobierno y que deberá asignar a diferentes espacios tales como administración pública, educación, salud, medio ambiente, trabajo, comunicación, etc.

En Guatemala, el órgano encargado de dicha recaudación es la superintendencia de administración tributaria, la cual según lo reportado por el Ministerio de Finanzas Públicas mediante el portal de Transparencias del Ministerio de Finanzas Publicas ha logrado un incremento en el año 2011. Hasta el momento según lo publicado por dicho portal, se tienen recaudados aproximadamente “veintinueve millones de ingresos tributarios netos, obteniendo así durante los primeros nueve meses del año un incremento favorable del dieciocho por ciento más en comparación con lo recaudado en el mismo periodo en el año 2010”²⁹.

1.8 Los delitos tributarios regulados en el derecho penal tributario

Debido a que el presente trabajo de investigación se enfoca primordialmente en una reforma con el objetivo principal de evitar la defraudación tributaria, es innegable e imprescindible el desarrollar lo que es el derecho penal tributario, el cual viene a desentrañar en qué forma visualiza el derecho penal como derecho sancionador dicho delito. El derecho penal tributario “es la disciplina jurídica que se encarga de la regulación legal de todo lo concerniente a la infracción y a la sanción tributaria, correspondiéndole el análisis de las normas aplicables en caso de violación de las

²⁸ Monterroso, Ob.Cit; pág. 32

²⁹ Portal.sat.gob.gt fecha de consulta: 28/04/2012

disposiciones tributarias, así como también las penalidades aplicables a los transgresores.”³⁰

En cuanto a su denominación, al derecho penal tributario también se le ha llamado derecho penal financiero o derecho penal fiscal; teniendo dichos términos análogos significados, si se considera que su denominador común es el proteger intereses de la hacienda pública y por las mismas razones, la denominación más correcta es la usual en nuestro medio que es: derecho penal tributario.

El diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales le asignan las siguientes características al derecho penal tributario:

- **“Es normativo.**

El derecho penal tributario al igual que el derecho penal común, está compuesto de normas jurídico-penales que contienen mandatos y prohibiciones en caminadas a regular determinada conducta humana en atención a un fin que se considera valioso, como el bien común.

- **Es de carácter positivo.**

Esta deviene del carácter fundamentalmente jurídico del derecho penal tributario, ya que su aplicación se limita a aquellas normas prohibitivas que el Estado ha promulgado como tales, atendiendo al principio de legalidad nullum crimen sine lege.

- **Es de observancia general.**

Esta característica está limitada a que el derecho penal tributario será de observación obligatoria, y aplicable solo a aquellos que son sujetos pasivos de la relación jurídico-tributaria y sujetos al control fiscalizador de la administración tributaria.

- **Es esencialmente sancionador.**

Esta característica es propia del derecho penal y, al igual que éste el derecho penal tributario tiene como objetivo castigar, reprimir, imponer una pena, como consecuencia

³⁰ Ossorio Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, pág. 113.

de la inobservancia o violación de la ley retributiva pudo ser una sanción pecuniaria (multa) o bien una pena restrictiva de la libertad individual.”³¹

1.8.1 Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del delito tributario es el grado de gravedad o peligro del acto cometido, es decir que el delito tributario nace cuando el acto cometido ya no puede ser tipificado como una simple infracción tributaria y su magnitud lo categoriza como delito.

1.8.2 El bien jurídico tutelado

“Doctrinariamente, el bien jurídico tutelado son los fondos del Estado, que el Estado cuente con los recursos suficientes para que siga desarrollando su actividad.”³²

El bien jurídico tutelado de acuerdo a la legislación guatemalteca: es la economía nacional (Título X, Capítulo IV código penal). Las disposiciones penales especiales en materia tributaria se encuentran en los delitos tipificados en el código penal guatemalteco:

- Arts. 358 A, 358 B, 358 C y 358 D;
- Faltas tipificadas en el Código Penal: Art. 498;
- Delitos tipificados en la Ley contra la Defraudación Tributaria y Contrabando Aduanero, Decreto 58-90 del Congreso de la República de Guatemala: Artículos del uno al cinco.
- Faltas tipificadas en la Ley contra la Defraudación Tributaria y Contrabando Aduanero, Decreto 58-90 del Congreso: Artículo seis; Infracciones aduaneras tipificadas en el CAUCA: Arts. 97 al 100.

³¹ Ossorio Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, pág. 113

³² Ibid. Pág. 114.

CAPÍTULO II

2. La organización bancaria y la importancia de la secretividad de sus operaciones

2.1 Etimología y antecedentes históricos de la banca

La finalidad principal del presente trabajo es determinar la necesidad de reformar la confidencialidad de las operaciones, el llamado secreto bancario. Dado que son las instituciones financieras las encargadas de resguardarlo, es necesario analizar la secretividad que estas instituciones manejan bajo la garantía de confidencialidad regulada en la Constitución Política de la República de Guatemala. Para hablar de la secretividad de la banca en sus operaciones, es preciso referirse a la palabra banco en términos generales y definirla. Así puedo referir que: “etimológicamente, banco se origina del antiguo alto alemán, bank, mesa que utilizaban los cambistas.” Gramaticalmente el comercio consiste en operaciones de giro, cambio y descuento, en abrir créditos y llevar cuantas corrientes y en comprar y vender efectos públicos especialmente en comisión.”³³ Banco es “el establecimiento público de crédito constituido en sociedad por acciones”.³⁴

“Según sea su ejercicio mercantil se llama agrícola, de acuerdos, de emisión, de exportación, de fomento hipotecario, industrial, etcétera.”³⁵ El banco “es la empresa constituida bajo la forma asociativa, cuya actividad se dirige a coleccionar capitales ociosos; dándoles de pago y a negociar con valores”.³⁶ Hasta el Siglo XVII, los denominados banqueros eran simplemente comerciantes en dinero. La prodigiosa multiplicidad de las monedas, fruto de la facultad de los señores feudales de acuñar sus propias divisas, así como las frecuentes falsificaciones (hechas a veces por el mismo soberano), hacían muy importante la intervención de estos cambistas que, mediante un depósito aseguraban el suministro de moneda sana.

³³ Argeri, Saúl Antonio. Diccionario de derecho comercial y la empresa, pág. 150.

³⁴ Acosta Romero, Miguel. Derecho bancario, pág. 1

³⁵ *Ibid.* Pág. 2

³⁶ Ossorio, Manuel. Diccionario de ciencias, jurídicas, políticas y sociales, pág. 250.

“Los comerciantes con intereses internacionales encontraban asimismo conveniente el depósito de sus dineros en instituciones serias, ya que ello no sólo les reportaba seguridad, sino que les permitía valorizar sus créditos bancarios en hasta un diez por ciento frente a la moneda corriente sin garantía”³⁷.

“El origen concreto de esta institución es discutido; según algunos autores, fueron los judíos lombardos los que iniciaron la actividad bancaria en la península itálica alrededor del año 808, pero la opinión más generalizada atribuye este privilegio el Banco de Venecia, formando en el año 1156 al año 1557, como consecuencia de un préstamo forzoso impuesto por el gobierno veneciano, que requirió la organización de un servicio de pagos; a resultas del cual dicho banco se vio precisado a emitir viajes transferibles para satisfacer los pedidos de cesión que le hacían los titulares de créditos por intereses.”³⁸

“No fue este, sin embargo, un establecimiento que pudiera merecer la denominación de banco dentro del concepto moderno de la palabra, como tampoco lo fueron las casas de Acciajoulí, Vardi, Peruzzi, Pitti y Medici, que extendiéndose desde Florencia, cubrieron a la Europa del Siglo XIV con una red de instituciones de crédito; todas ellas eran simples intermediarias en los pagos fiscales o particulares.”³⁹ El depósito bancario se convierte en depósito irregular según lo apreciado en la historia y la emisión de billetes comienza a considerarse función indispensable de la actividad bancaria y nace así el crédito bancario.

Ello dio lugar un impulso extraordinario a la banca europea y, a comienzos del siglo XVIII, ya existen importantes instituciones bancarias en todas las grandes capitales de Europa. “El banco de Inglaterra, la caja de descuentos franceses el Real Banco de Berlín, el banco de Ámsterdam, el banco corriente de Dinamarca y los bancos imperiales de San Petersburgo y Moscú, eran todos ejemplos de las grandes

³⁷ www.es.wikipedia.org. Fecha de consulta: 27/04/2012.

³⁸ Greco, Paolo. Curso de derecho bancario. pág. 24

³⁹ *Ibíd.* Pág. 26

instituciones de crédito que mantenían relación con el Estado, disfrutando generalmente de una especie de monopolio”⁴⁰.

Modelo de este sistema es el de Inglaterra que en 1708, a cambio de sus muchos servicios al gobierno, obtiene un monopolio de hecho para la obtención de billetes en Londres. Alrededor de esos bancos grandes, se organizaban generalmente en las ciudades del interior, bancos de menor cuantía que, mal vistos (pues en la práctica no mantenían reservas para sus emisiones) dependían prácticamente del banco principal, que se convierte en banco de banqueros. Este sistema se desarrolla vigorosamente hasta mediados del Siglo XVIII, cuando los bancos locales entran definitivamente en crisis, desapareciendo por los bancos mayores, más de 200 instituciones entre los años 1877 y 1907. El movimiento de integración llega a sus extremos en los años posteriores a la primera guerra mundial, cuando la actividad bancaria se concentra en un pequeño número de instituciones. “Los grandes del Reino Unido: el Midland, el Westminster, el Lloyd’s, el Barclaya y el Nacional Provincial, tienen sus similares en Francia: el Credit Lyonnais, Comptoir Nac.; D’Escompte de Paris, Credit Comercial, Societe Générale; y en Alemania el Cmmerz un Privat Bank, el Bel iner Handelgeselleshaft, etcétera”⁴¹.

En los Estados Unidos el proceso, es distinto: Allí se dicta, en 1864, una Ley por la cual se organiza el Federal Reserva System, en base a una red de bancos garantizados locales con facultad de emisión sujeta a un depósito de títulos públicos en el Federal Reserva Bank, que actúa como órgano fiscalizador del sistema. Se puede decir que la banca nació como un triángulo, formado por los bancos privados, que en este entonces eran excepcionales, la Banca Estatal y en especial los templos.

Estos últimos tuvieron una particular significación por ser el sitio donde se realizaban depósitos. Así puedo mencionar dentro de los más importantes los de Aridon, Sippar, babilonia y el Rojo de DuruK del que dice es el establecimiento bancario más antiguo. “Entre el tigre y el Eufrates, en el emplazamiento actual de Werka, las investigaciones han permitido descubrir un edificio monumental de color rojo que data del año 3,200 a

⁴⁰ *Ibíd.* Pág. 28

⁴¹ *Ibíd.* Pág. 32

3400 A.C. Es el establecimiento bancario más antiguo. Los dioses del templo comerciales, sirviéndose de agricultores y comerciantes. Adelantaban a los esclavos para alcanzar la libertad y a los prisioneros para liberarse⁴².

2.2 Antecedentes históricos de la banca en Guatemala

La actividad bancaria fácilmente puede remontarse a épocas tan lejanas como la del reinado de los primeros monarcas babilónicos. En la era moderna la actividad adquirió una conformación, que hizo que el banquero dejara de tener el carácter de simple prestamista o depositario. Es por esto que se podía encontrar billetes emitidos por muchos bancos correspondientes a esa época.

Pero este sistema de múltiples bancos emisores de papel moneda produjo desorden, haciendo necesario la creación de un único banco emisor de papel moneda, el Banco de Guatemala, que nació durante el gobierno del General José María Orellana, en 1924 y las instituciones existentes se convirtieron en comerciales e hipotecarios, operando de esta forma hasta la Revolución de 1944, cuando se promovió una segunda reforma bancaria, concretizándose con la creación del Banco de Guatemala, y la emisión de Ley Monetaria, que vinieron a establecer un nuevo marco para la banca del país.

Esto le permite al Banco de Guatemala convertirse en banco central, con las funciones de banco, banquero del Estado y único emisor de moneda. En la actualidad el sistema bancario de Guatemala está conformado por varios bancos, uno de ellos nacional el cual es el Banco de Guatemala.

El sistema bancario del país juega un papel primordial en la economía, debido a que su existencia permite el flujo constante de valores monetarios y de cambio. El sistema bancario del país juega un papel primordial en la economía, debido a que su existencia permite el flujo constante de valores monetarios y de cambio.

⁴² García Prieto, Luis María, El secreto bancario. pág. 36

2.3 La actividad bancaria y el derecho bancario

La actividad de banca y crédito puede afirmarse que abarca muchas facetas, todas ellas importantes en su desarrollo. “Dicha actividad se regula por medio de una estructura jurídica, que es fundamental para compensar el desarrollo de la banca, pues da las bases conforme a las cuales se organizan y establecen las instituciones, se regula su actividad, se conciertan sus operaciones y se establecen sus derechos”.⁴³

El derecho bancario “es el conjunto de principios y normas que se refieren a la empresa y a las operaciones de banca, se puede dar sin inconveniente el nombre de derecho bancario, siempre que quede bien claro que se trata simplemente de una parte integrante del derecho comercial y no una rama autónoma del derecho”.⁴⁴

El derecho bancario “este amplísimo campo de la actividad humana, constituida por el derecho bancario, se encuentra sometido a diferentes regulaciones de las que se pueden citar el conjunto de normas técnicas que se refieren a la ordenación contable de las empresas bancarias (contabilidad, bancaria: relativas a las normas económicas de aplicación concreta en este campo) (economía bancaria: concerniente al mecanismo y a la especialización profesional), (técnica bancaria: la constituida por las normas jurídicas relativas a la materia bancaria, entendiéndose como tal al complejo de las pérdidas de las cosas, y de los negocios por medio de los que se efectúan las operaciones de banca). Derivándose de ello consecuentemente las llamadas instituciones de créditos como sujetos de derecho bancario; las operaciones banca, como relaciones jurídicas típicas del derecho bancario; y las cosas bancarias con objeto de aquellas operaciones. Por lo que al conjunto de normas jurídicas relativas a la materia bancaria, es lo que vamos a llamar derecho bancario”⁴⁵

Tomando en cuenta los elementos más importantes de las definiciones anteriores logro formular la siguiente definición: “El derecho bancario es el conjunto de normas jurídicas, cuyo objetivo primordial consiste en regular la organización, la actividad y las operaciones bancarias de los sujetos de toda relación de naturaleza bancaria.”

⁴³ Acosta Romero, Miguel. Nuevo Derecho Bancario, Ed Porrúa, México, 1998, pág. 1

⁴⁴ Greco, Paolo. Curso de derecho bancario. pág. 24

⁴⁵ . Rodríguez, Joaquín. Derecho bancario, pág. 43

2.3.1 Naturaleza jurídica del derecho bancario

Un sector de la doctrina considera que el derecho bancario forma parte del derecho privado. La doctrina francesa tradicionalmente conservadora, todavía estima que el derecho bancario forma parte del derecho privado y dentro de este del derecho mercantil, y en España también se pronuncian respecto a este sentido su fundamento son las ideas de que las relaciones contractuales de los bancos y su cliente, interesan o se regulan por el derecho privado, afirmando que, dentro de esas relaciones, existe cierta autonomía de voluntad. (Los juristas entienden que prevalece en la contratación mercantil el principio de la autonomía de la voluntad).

“En la relación entre banco y cliente que pudieran decirse sería privada, no destaca la autonomía de la voluntad por ejemplo, en las operaciones pasivas de los bancos, las partes no pueden fijar los plazos, las tasas de interés, los instrumentos de capacitación del ahorro público y por consiguiente no pueden redactar los contratos, ya que todas las circunstancias son establecidas por vía de autoridad, por el Instituto Central y no pueden ser modificadas, como ya se dijo, por voluntad de Los particulares.”⁴⁶ (Ejemplo Mexicano).

En Guatemala, se puede afirmar que existe una situación similar con México, ya que en el código de comercio vigente, existe la regulación mercantil, en el sentido de que los bancos, se regirán en cuanto a su forma, organización y funcionamiento, por lo que disponga este Código en lo que no contravenga sus Leyes y disposiciones especiales.

La autorización para constituirse y operar se regirá por las Leyes especiales aplicables a cada caso. (Artículo 12 Código de Comercio). El primer párrafo del artículo citado se ubica dentro del derecho privado, mientras que las leyes especiales, están conformadas por la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Ley Monetaria y sus respectivos reglamentos.

En la actividad bancaria se dan las siguientes limitantes en las operaciones de los bancos: Las partes no pueden fijar las tasas de interés y los instrumentos de

⁴⁶ Acosta, Ob. Cit; pág. 9.

capacitación del ahorro público, ya que todas las circunstancias son establecidas por vía de autoridad competente como lo es la Junta Monetaria, las cuales no pueden ser modificadas a libre disposición de los contratantes (nos ubica en el derecho público). Esto por un lado y por el otro, ocurre que el usuario no puede redactar los contratos ya que las instituciones bancarias ya tienen los contratos formateados, a los cuales el solicitante si sale beneficiado de ser cliente de la institución, únicamente tiene que adherirse el mismo, firmando dicho contrato (únicamente en el derecho privado.)

El derecho bancario se encuentra regulado dentro de leyes que se catalogan y se dirigen para la actividad privada, pero que en la realidad el Estado interviene para cualquier regulación no prevista, influenciando enormemente en la actividad bancaria, por lo tanto prevalece el ente público en dicha relación, la que lleva a concluir que es de naturaleza privada en cuanto a su regulación y con relación a su ejercicio es de naturaleza pública, por lo que el derecho bancario tiene una doble naturaleza.

Las entidades bancarias intermediarias del crédito y financiamiento, actividades que le reportan réditos a través de los intereses que son fijados por la Ley de Bancos y Grupos Financieros, este cuerpo legal conforma derecho público y por otro lado afirma que el Estado representado a través de la Junta Monetaria del Banco de Guatemala son los que controlan las operaciones bancarias e intervienen severamente cuando existe incumplimiento, por omisión o comisión de la Ley que las regula, al intervenir el Estado imponiendo al poder público, el derecho bancario se ubica en el ramo público.

Los distintos autores doctrinarios han expuesto y han dado al derecho bancario un campo de aplicación distinta, unos afirman que pertenecen al derecho público, mientras que otros defieren que pertenecen al derecho privado, corriente más aceptada por los tratadistas del derecho bancario. Sin embargo a lo anterior expuesto, hace sostener que el derecho bancario es de naturaleza mixta, por un lado se presenta dentro de un conjunto de normas dirigidas a regular las actividades entre una institución denominada banco y un particular llamado usuario, y por el otro un conjunto de disposiciones emitidas por las entidades a las que el Estado ha encargado velar por el debido

cumplimiento de dichas normas y que en este caso es la Junta Monetaria, o sea que no queda fuera de la tutela y control del Estado.

2.4 El secreto como un concepto general

Son innumerables las fuentes de consulta en donde se puede encontrar el significado o definición de la palabra secreto, pero todas ellas coinciden en definirlo como: "lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto"⁴⁷ dado de esto se puede decir que el secreto es un concepto con un contenido negativo: ¿por qué?, porque manifiesta la negatividad de dar a conocer lo oculto y es necesario revelar lo oculto en ciertas circunstancias a un círculo determinado de personas. En el diario que hacer de nuestra vida la utilización de este vocablo es de uso continuo y se puede decir que el secreto reúne características muy determinadas, es una actitud muy personal de mantener en reserva algo, es decir que implica el conocimiento por parte de un sujeto de algo que otros desconocen.

Etimológicamente la palabra secreto proviene de **secretum** que es el participio pasado del verbo **serceno** que significa separar, segregar: "entonces bien se puede decir que existen individuos que separamos de adquirir tal saber o conocimiento."⁴⁸

"De esta misma manera la doctrina en general le otorga al secreto una clasificación, como por ejemplo:

2.4.1. Por su conocimiento

- Absolutos

Aquí están contemplados todos aquellos que nadie conoce siendo difícil que puedan llegar a ser conocidos. Aquí podríamos ubicar ciertas leyes de la naturaleza, acontecimientos, etc., pero más que secreto sería un misterio, pues le faltaría un elemento primordial para ser secreto y esto es la pluralidad de personas que

⁴⁷ Diccionario de Lengua Española. Edición Electrónica. Versión 21.1.0.1995

⁴⁸ García Prieto, Luis María, El secreto bancario. pág. 38



desconocen su contenido, frente a una o varias que lo conocen. Si no hay ente (institución) que lo conozca no llenará los requisitos para ser secreto.

- Relativos

Aquí encontramos los que son conocidas por unas personas y que otras ignoran. El desconocimiento por parte de otras personas pueden ser voluntario o accidental tomando en cuenta si han existido obstáculos consientes o casuales para impedir su divulgación lo que podría además tener consecuencias jurídicas.

2.4.2. Según su origen

Esta parte es la más difundida, donde se distinguen tres clases de secretos, siendo estos: el secreto natural, el secreto prometido y el secreto confiado.

-El secreto natural

Es secreto natural todo aquello porque conocido por casualidad, por investigación personal o por indiscreción ajena, no puede ser revelado sin causar perjuicio real, o por lo menos un justificado disgusto. El secreto natural debe mantenerse oculto por su propia naturaleza, por la ley natural o deber moral que prohíbe perjudicar o disgustar a los demás sin justo motivo. Es indispensable de todo compromiso u obligación. Al ser impuesto por la naturaleza misma de la cosa, la obligación de guardarlo es absoluta ya que se puede revelar cuando el bien común así lo exija, y en algunos casos por el bien particular.

- El secreto prometido

En este caso podemos determinar que primero es conocido el secreto y posterior se adquiere la obligación de guardarlo, es aquí donde analizamos que no es la naturaleza misma del secreto la que nos obliga, sino más bien el compromiso, la promesa de no revelarlo, convirtiéndolo en menos rígido dependiendo de la voluntad o intención del que promete.

-El secreto confiado

La esencia en este tipo de secreto varia totalmente, pues el compromiso de no revelar el secreto se adquiere previamente el conocimiento. Vemos que la promesa de no revelarlo es fundamental porque constituye la razón principal. Éste puede darse en forma confidencial o profesional, diferenciándose si lo oculto es comunicado a una persona cualquiera, que no está obligada por su profesión u oficio, o si por el contrario, se hace a un profesional que por su ocupación tiene la misión de ayudar a otras personas, como serían abogados, médicos, etcétera”⁴⁹

2.4.3 El secreto procesal

Iniciare el análisis de los límites a las libertades de información y de expresión de los actos procesales, del principio constitucional de que toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. (Artículo 31 de la Constitución Política de la República de Guatemala.)

La Constitución abrogada de 1965, en su Artículo 240, tercer párrafo establecía que: “la administración de justicia es obligatoria, gratuita e independiente de las demás funciones del Estado. Será pública siempre que la moral, la seguridad del Estado o interés nacional no exijan justicia.” Los actos procesales, según la proclamación de aquella Constitución eran públicos, con el límite a la libertad de información y expresión de la tutela a la moral, la seguridad estatal o el interés nacional. Sin embargo la publicidad se puede dar cuando las partes lo solicitan. Es decir, cuando deseen que los alegatos se hagan en vista pública.

Por lo que afirmamos, que aunque la Constitución Política de la República de Guatemala actual no haya reconocido la publicidad de algunos actos procesales, cualquier persona puede tener acceso a los documentos y archivos de los tribunales de acuerdo con el principio del Artículo 30 de la Constitución Política de la República de

⁴⁹ Ibid. Pág. 40



Guatemala, en ejercicio del derecho de información, pero en los delitos contra el honor no le puede dar publicidad y por el derecho a la vida privada de las partes procesales litigantes. Tiene, pues los medios de difusión, limitada la libertad de expresión pero no la de información. “En el caso de los procesos administrativos, laborales de familia, civiles, de amparo, de inconstitucionalidad, etc., no está limitada la libertad en todo su trámite, pero las libertades de información y expresión están limitadas en el proceso penal en su diligenciamiento (secretividad sumarial). Se puede decir además que, aunque en nuevo texto Constitucional la secretividad sumarial dejó de serlo para las partes, se produce siempre la secretividad procesal, para terceros que no tienen ninguna relación con el proceso penal.”⁵⁰ El Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que: **El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho de conocer, personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma.**

Los oficiales (empleados públicos) tienen obligación de guardar el secreto procesal de los trámites (primeras diligencias) para cualquier otra persona que no sean legitimadas para conocer las actuaciones. El Código Penal configura el delito de revelación de secretos, como cometido por funcionario o empleados públicos.

Lo define así el Artículo 422: el funcionario o empleado público que revelare o facilitare la revelación de hechos, actuaciones o documentos de los que tenga conocimiento por razón de su cargo y por disposición de la Ley deben permanecer en secreto, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales.

2.5 El secreto bancario y su origen conceptual

2.5.1 Antecedentes históricos del secreto bancario

Dado que he definido en el capítulo anterior el concepto de secreto desde su punto de vista general, dentro de este numeral deseo enfocarme al secreto bancario

⁵⁰ Acosta Romero, Miguel. Derecho bancario, pág. 22



específicamente. El secreto bancario en su totalidad se conoce desde la antigüedad como un parte de la actividad de los banqueros, en su inicio y toda vez que los depósitos se hacían en los templos, consecuentemente la discreción de estas operaciones estaba relacionada con el misterio de lo desconocido, la magia y la religión, que fueron configurando una especie de secreto profesional entre quienes practicaban los depósitos.

Durante la Edad Media, el secreto bancario fue parte de la ética de los negocios de esta actividad, sobre todo, por ejemplo en la orden de los templarios y en ciertas órdenes de caballería y religiosas que realizaban alguna actividad relacionada con la banca.

“En Francia en su primer texto que se refiere al secreto bancario es una disposición administrativa del 2 de abril de 1639. Relativa a la bolsa de Paris, que estableció que los asuntos de la bolsa, no sean conocidos más que por aquellos que negocien en la misma.”⁵¹

“La Gran Ordenanza de Comercio de Colbert (título III párrafo 9), establece el secreto de los libros de los comerciantes en general. Un reglamento de octubre de 1706 estable el secreto bancario para los negocios de banca, cambio, comercio y finanzas.

Hay disposiciones del Consejo de Estados Francés, del 30 de agosto de 1720 y 1724 que también hace referencia al secreto bancario. La doctrina francesa es unánime en considerar el secreto bancario a través del tiempo y lo justifican su protección, tanto en las actividades de cambio, como en las de banca y derivado de la confianza que el público tiene en los banqueros, cuya revelación de opresiones sería una especie de abuso de esa confianza.

En Francia, el Artículo 378 del Código Penal Francés, es la base del principio general del secreto Profesional, y se ha hecho extensivo no sólo a los médicos, cirujanos y otra clase de profesionistas, también a los banqueros. En México, propiamente no se conocía el secreto bancario, sino hasta el año de 1897.”⁵²

⁵¹ www.es.wikipedia.org. Fecha de consulta: 27/04/2012.

⁵² www.es.wikipedia.org. Fecha de consulta: 27/04/2012.



La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios de 1925. (Artículo 71). Prohibía que los establecimientos bancarios dieran noticia sobre el importe de las cantidades que tuvieran en depósito de una persona, compañía o empresa, salvo que lo pidiera el depositante o representante legal, o la autoridad judicial mediante providencia dictada en juicio.

En Guatemala la banca tuvo sus inicios después de la reforma liberal del 1871, cuando se fundaron los primeros bancos. Siendo entre los bancos que se fundaron el de Occidente que en la actualidad ya no presta sus servicios bancarios en forma individual; para esa época los bancos que existían poseían la capacidad de emitir billetes pagaderos a la vista y a los portadores, ocasionándose un desorden en la economía nacional.

Durante el gobierno del General José María Orellana se sintió la necesidad de que existiera una institución única del papel moneda, creándose el Banco de Guatemala. En 1924, pasando a ser de las instituciones hipotecarias y comerciales.

Para el año de 1944, en que se gestó la revolución denominada del 20 de Octubre de 1944, se da la segunda reforma, cuando se da vida en forma concreta al Banco de Guatemala, y se promulgan las Leyes bancarias que regularían las operaciones de los bancos, quedando el Banco de Guatemala, como el único autorizado para la emisión de moneda y como único banco del Estado. Al hacer esta referencia sobre los bancos, sirve de base para sustentarse desde que el secreto bancario, se encuentra enrolado dentro de la institución bancaria y ha evolucionado en forma añeja con la misma y que a la fecha no ha logrado el perfeccionamiento que es necesario para la protección de capitales particulares.

2.5.2 Concepto del secreto bancario

El secreto bancario también denominado secreto financiero “es el **principio general de reserva** sobre hechos no conocidos públicamente que por razones de profesionalidad

han llegado a conocimiento del banco, respecto de su cliente y que debe mantenerse oculto.”⁵³

“El fundamento deriva de las circunstancias de que el banco sólo ha podido tener ese conocimiento por la prestación de un servicio o ayuda económica financiera facilitada al cliente y por el ligamen derivado de esa vinculación. En el cuadro del dogmatismo jurídico el deber de mantener el secreto perfila como promesa tacita, implícita.

En doctrina se discrepa sobre el fundamento: a) deriva de la voluntad con el banco; b) asienta en la culpa o negligencia; c) ese deber tiene origen en la confianza. La obligación de mantener el secreto sus límites; cuando su mantenimiento importa la violación de la Ley; surge un interés científico o fiscal en descubrirlo o ante requerimiento judicial frente a la investigación de delitos de naturaleza penal.”⁵⁴

El secreto viene a ser una conducta que puede tipificarse de la siguiente manera: “la existencia de ciertos hechos, circunstancias, documentos o situaciones; el conocimiento que de ellos tienen esos individuos, de no transmitir ese conocimiento a terceros, fuera de los casos señalados por la Ley; La tradición ha impuesto al banquero una obligación de discreción respecto de las operaciones y de los negocios que lo vinculan con su clientela. El banquero, al igual que el sacerdote, que el médico, que el abogado, tiene la obligación de guardar el secreto profesional”⁵⁵

2.5.3 Naturaleza jurídica

Al respecto se aportan distintas teorías, para los efectos del presente estudio, únicamente se hace relación de la teoría del secreto bancario; la doctrina ha tratado de fundamentar este instituto, buscando explicar su naturaleza jurídica, esto es, su esencia ontológica desde el punto de vista del derecho. “Para muchos autores el deber de secreto sería contractual y estaría tácitamente pactado en el contrato entre banco y cliente. Para otros autores, el secreto bancario ha alcanzado la categoría de uso

⁵³ Diccionario de Lengua Española. Edición Electrónica. Versión 21.1.0.1995

⁵⁴ Bauche García, Diego Mario. Operaciones bancarias, pág. 156.

⁵⁵ *Ibid.* Pág. 158



mercantil y como tal rige los contratos en tanto puede incorporarse a ellos. Se trataría del uso según la ley, que tiene por función la de integración del contenido de la norma escrita. Otra teoría expresa que la obligación de resarcir el daño causado por la revelación del secreto es de naturaleza extracontractual o cuasi delictual. Construida una modalidad específica del secreto profesional. El fundamento de esta obligación deba hallarse en las razones y motivos que justifican su existencia respecto de las profesiones en general. Continua manifestando el ilustro maestro citado, no se discute la existencia, en el plan moral, de una obligación al silencio a cargo del depositario de las confidencias ajenas.”⁵⁶

El derecho, sin embargo, no consagra este deber imperioso de conciencia, si no es en el caso particular en que se trata de hechos confidenciales, conocidos por una persona en el ejercicio o en ocasión de una profesión. La ley impide entonces formalmente su divulgación, y esta prohibición, que constituye la obligación al secreto profesional, esté acompañada de una sanción penal. Se trata de un deber inherente a la naturaleza de la actividad bancaria, a la profesión del banquero. Está sobreseimiento el interés que tiene todo cliente en que se guarde silencio respecto a las instituciones bancarias y financieras en general. Es evidente, también, el perjuicio que puede acarrearle la revelación de esas informaciones.

“Esta teoría es la única que explica satisfactoriamente el alcance de esta obligación, que comprende los actos precontractuales se extiende y continúa aun cuando se hayan extinguido las relaciones entre bancos y cliente” ⁵⁷

En tal virtud considero que la naturaleza del secreto bancario es un deber inherente a la naturaleza de la actividad bancaria, a la profesión del banquero. Ya que el cliente tiene el interés que se guarde silencio respecto de los negocios y de las confidencias que hace a las instituciones bancarias y financieras en general, toda vez que el cliente le puede acarrear perjuicios la revelación de esas informaciones, tanto a nivel personal como patrimonial.

⁵⁶ Bauche García, Ob. Cit; pág. 164

⁵⁷ Acosta, Ob. Cit; pág. 150.

2.5.4 Sujetos y obligaciones en el secreto bancario

Existen varios sujetos dentro de la figura del secreto bancario, siendo:

- Sujeto activo:

Precisar quiénes son realmente los sujetos obligados a observar el secreto bancario y viceversa, quien o a quienes hay que exigir su cumplimiento; es un problema complejo, puesto que no existe derecho ni obligación para cumplirse si no hay un ente jurídico para ello.

La obligación del secreto bancario corresponde directamente a quienes desarrollan la actividad bancaria, por lo tanto pareciera que es a un banco el que le sería exigible su cumplimiento.

Aunque aparentemente inicialmente no presenta ninguna problemática, si lo tomamos desde en el punto de vista expuesto anteriormente, en el fondo si la hay, ya que ni la doctrina ni la legislación han precisado adecuadamente el sujeto pasivo de la obligación y que por otra parte se debe que determinar si la carga solamente a los directores a funcionarios y empleados o en última instancia sólo afecta al banco o ambos.

La legislación guatemalteca en la Ley de Bancos Y Grupos Financieros en su Artículo dos establece: “para efectos de la presente Ley, la denominación banco comprende a los bancos constituidos en el país y a las sucursales de bancos extranjeros establecidos en el mismo”. Además surgiría la duda, ¿qué es se entiende por banco en otros países? Tal como sucede en Gran Bretaña existe, por un lado, las grandes casas bancarias (Merchant Bank o Acceptance Houses), los bancos de ultramar (Overseas Bank), los bancos de ahorro (Discount Houses), y cada uno de estos grupos realizan funciones, cualquiera que sea el nombre que se les dé, la forma jurídica que asuman y en general, la actividad que desempeño.

- Sujeto pasivo: Definición de cliente



Definir este concepto, es importante para determinar las personas que tiene derecho a exigir la observación del secreto bancario y a solicitar la sanción en caso de su violencia pues es precisamente en su favor que se crea la norma que nos ocupa.

En lo que respecta a esta, la doctrina no muestra discrepancias, en el sentido de considerar sujeto activo de la obligación de conservar el secreto al llamado cliente del banco. La obligación la tiene la institución y sus funcionarios hacia quien pueda ser considerado su cliente. A pesar de todo se han presentado situaciones polémicas no del todo esclarecidas aún. La jurisprudencia es la que más determinante se ha ocupado de ello, tratando de definir quiénes son los titulares del derecho de exigir reserva.

La jurisprudencia británica quizás la primera que se propuso resolver este punto, sosteniendo que para considerar o constituir a alguien en cliente de un banco debía haber, en las relaciones de aquel con este, un hábito en la realización de negocios bancarios regulares y que una transacción aislada de esa naturaleza o una serie de transacciones aisladas de esa naturaleza o una serie de transacciones no comúnmente asociadas con los negocios bancarios no es suficiente.

Como consecuencia del criterio anterior, uno de los elementos fundamentales tenido en cuenta por la jurisprudencia, para considerar a alguien como cliente ha sido la existencia de una cuenta corriente a su nombre y así, por ejemplo una persona que durante años cambiaba cheques cruzados, por efectivos en un banco donde no tenía cuenta y donde no le cobraban nada por el servicio no considerado cliente por la cámara de los lores. Si bien la palabra **cliente** indica, aún gramaticalmente, un mínimo de costumbre, antitética con el acto aislado, judicialmente se ha sostenido que la duración no es de la esencia y que la mera intención de entablar un curso de negociaciones es suficiente. Así, se resolvió en un caso de una persona que depositaba un primer cheque, que si bien él no era un cliente hasta ese momento, lo iba a ser si el cheque era cobrado.

Posteriormente en 1920 se reelaboro la doctrina expuesta, afirmándose que "es cliente una persona cuya única conexión con el banco fue el pago de un solo cheque, caso típico de primera operación, porque la duración de la relación no era esencial para constituir a alguien en cliente y porque la diferenciación no debía buscarse en el



contraste entre “habtui” y el recién llegado, si o entre quien recibe del banco un servicio casual, por ejemplo, cobrar un cheque y quien tiene una cuenta propia en el banco. El cliente de una institución financiera es el que acude a ella para celebrar una determinada operación comprendida, por supuesto, dentro de su objeto social, sin que necesariamente, esta realice. Es decir, basta que la persona solicite realizar una operación, para lo cual se le suministrara una información comercial o autoridad que otro ente le dé, para que adquiera la calidad de cliente y correlativamente la institución se ve obligada a mantener en reserva los datos suministrados y operarios a realizar.”⁵⁸

2.6 Fines y funciones del secreto bancario

“Los fines del secreto bancario, son: a) resguardar al respecto y la protección de las cuestiones privadas, en función de la confianza que las personas tengan con el banquero, para proporcionarle algunos datos que consideran sólo son datos a conocer a su banquero fundamentales en que descansa el secreto bancario; b) permite la estabilidad de los sistemas bancarios, es decir, al haber confianza entre el público, éste proporcionará todos los datos e informes necesarios y en consecuencia con los bancos, bajo el entendimiento de que éstos no proporcionarán informes, ni harán públicos esos datos, en muchos casos ni siquiera a las autoridades.”⁵⁹

Esta confianza genera que el sistema bancario puede captar un mayor volumen de recursos, pues no existiendo, confianza el público tenderá a sacar sus depósitos y a enviarlos al extranjero; c) ha sido utilizado como un medio eficaz para atraer capitales y de esa manera fortalecer la economía de cada país y como parte de la estrategia de política monetaria, dirigida fundamentalmente, a dar garantías a los depósitos bancarios; d) Forma parte del sistema de capacitación de ahorro externo, de un determinado sistema bancario.”⁶⁰

⁵⁸ Acosta, Ob. Cit; pág. 150

⁵⁹ Greco, Paolo. Curso de derecho bancario. pág. 32

⁶⁰ Acosta, Ob. Cit; pág. 153



CAPÍTULO III

3. La legislación guatemalteca, génesis primordial del secreto bancario

3.1 La ley como fuente del secreto bancario

Sin lugar a dudas la ley es la fuente formal del derecho escrito, la norma jurídica obligatoria, impuesta por los órganos competentes del Estado, ésta no sólo comprende las leyes en sentido estricto derivado del poder legislativo, sino también las normas que emanan del poder reglamentario.

Algunos países incluyen en su legislación el secreto bancario como por ejemplo: Suiza, Francia. Italia, España, Alemania, México, Argentina, Estados Unidos, Chile. En Guatemala, la Ley de Bancos y Grupos Financieros, señala que los directores podrán ejercer su función directora con absoluta independencia, pero bajo su propia responsabilidad manteniéndose dentro de las normas de Ley, estatutos y reglamentos.

Esta responsabilidad radica primordialmente en la no divulgación de datos e informe confidenciales ni el aprovechamiento de estos informes para fines netamente personales o en perjuicios de terceros. Incurrirán asimismo en responsabilidad los que revelen o divulguen cualquier información confidencial sobre asuntos comunicados al banco o que dentro de el se hubiere tratado, y quienes aprovecharan tal información.

No están comprendidas en el párrafo anterior las informaciones que requieren las autoridades en uso de sus atribuciones legales ni el intercambio corriente de informes confidenciales entre banco o instituciones similares para el exclusivo propósito de proteger las operaciones de cada institución.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, Decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 31 de Mayo de 1985, en su Artículo 24 establece inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros. "La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables.



Sólo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales. Se garantizan el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas caligráficas y otros productos de la tecnología moderna”. De igual manera se encuentra regulado lo que respecto al sigilo profesional en el Artículo 223 del Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal que establece: Quien sin justa causa, revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, si con ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de cien a un mil quetzales.

Individualmente las diversas tendencias sobre el servicio bancario no es cosa facial, así se tiene que en muchos casos tendrán puntos de conciencia, más en lo principal pueden diferir. Aquí se puede apreciar por ejemplo que mientras para algunas es sólo el uso tradicional el único fundamento, por otro lado hay quien hace énfasis en la buena fe que priva dentro del negocio bancario no dándole mayor importancia a los principios consuetudinarios y para que otros el secreto bancario es una necesidad fundamental y de orden general, así también hay quienes opinan que esto sólo les interesa a las partes involucradas en la relación contractual con el banco.

El secreto bancario, es uno de los principales deberes que ocurre en las relaciones comerciales perfectas o imperfectas entre los bancos que surgen de las relaciones entre los bancos y sus clientes, que obligan las entidades a guardar silencio, es decir, a no divulgar a revelar aquella información sobre sus clientes y las operaciones que ha realizado o ha estado a punto de realizar con sus clientes.

Es importante aclarar que el deber de discreción se origina desde el momento en que el cliente deposita en un banquero su confianza y le revela sus planes y proyectos para adquirir o utilizar los productos o servicios bancarios, sin que sea necesario que se perfeccione algún negocio entre ambos.



Corresponde en efecto a un deber jurídico del banquero, de carácter profesional, consistente en guardar discreción sobre la información que recibe en ejercicio de su actividad, para hacer efectivo el derecho fundamental de los ciudadanos a su intimidad, a la confidencialidad, al respecto de la individualidad de la persona, que protegen las constituciones políticas y que forman parte de los derecho humanos.

Ahora bien, es una realidad innegable que existen tantas definiciones de secreto bancario como autores, sin embargo considero muy apropiada la definición siguiente: “es el poder impuesto a los bancos y demás entidades financieras de no revelar las informaciones que posean de sus clientes y las operaciones y negocios que realicen con ellos.”⁶¹ Es una obligación que está implícita en la relación de confianza existente entre el banco y el cliente. Obligación de antigua data y que constituye la esencia de esa relación.

Desde tiempos remotos, el banquero, y luego la banca, fue el confidente y consejero de quienes operaban con él. Se trata de un elemento necesario a la actividad porque es inherente a su naturaleza y al propio interés de la profesión de banquero. Porque para que la actividad bancaria pueda ejercerse correctamente se requieren dos condiciones: en primer lugar, un conocimiento amplio de muchos aspectos íntimos de la vida comercial y de la composición patrimonial de cliente; y en segundo lugar, la seguridad, para éste, de que pueda confiar todos esos aspectos al banquero sin el temor de que sean divulgados.

En cuanto a la naturaleza propiamente dicha del secreto bancario, los autores oscilando entre decir que su origen es contractual, para otros surgen como resultado de un uso o costumbre, un tercer grupo encuentra a sustento del secreto bancario en una relación extracontractual o cuasi delictual referido a los daños que pudieran producirse si se revelara la información brindada por el cliente. Y finalmente, otros autores esgrimen la que considero la tesis adecuada, en el sentido de que el secreto bancario se deriva como una manifestación más del secreto profesional.

⁶¹ Labanca, Jorge. El secreto bancario, págs. 29



Dentro de nuestra legislación se visualiza que el secreto bancario constituye una modalidad específica del secreto profesional.

“El fundamento de esta obligación debe hallarse en las razones y motivos que justifican su existencia respecto de las profesiones en general no se discute la existencia, en el plano moral, de una obligación al silencio a cargo de depositario de las confidencias ajenas.”⁶²

El derecho, sin embargo, no consagra este deber imperioso de conciencia, si no es el caso particular en que se trata de hechos confidenciales, conocidos por una persona en el ejercicio o en ocasión de una profesión.

La ley impide entonces formalmente su divulgación, y esta prohibición, que constituye la obligación al secreto profesional, está acompañada de una sanción penal.

3.2 El interés social sobre el interés particular

El mantenimiento del secreto bancario converge en las garantías constitucionales constituyendo un medio eficaz para la protección de la libertad individual y en la preservación de este derecho existe un interés público, que si se analiza desde el punto de vista económico, la obligación de secreto reafirma la confianza del público en las instituciones financieras, obteniéndose con ello, un alto volumen de depósitos, negocios y afluencias de capitales, existiendo un alto interés general que hay que proteger.

Dentro de los derechos y garantías a la intimidad constitucional nuestra Constitución Política de la República de Guatemala, Capítulo I derechos individuales, el Artículo 24 establece: “inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros: la correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Solo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales, se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna”.

⁶² *Ibid.* Pág. 32

Existe un convenio, tanto en la doctrina como en la misma legislación positiva, por mantener la necesidad de proteger el secreto de acciones privadas como un medio de asegurar el más amplio disfrute de los derechos inherentes a la persona humana.

Aquí se estaría fundamentando el secreto que se asegura a las operaciones bancarias y particularizándola dentro del derecho a la inviolabilidad de la personalidad refiriendo concretamente, al conjunto de actos realizados por la persona con un banco.

3.3 Límite y extensión del secreto bancario

“En lo relativo a los informes bancarios desde el punto de vista del deber de secreto se puede encontrar un límite, dado que la banca es una de las actividades financieras más intervenidas por el Estado, puesto que le indica que puede hacer y qué actividades tiene prohibidas, de este mismo modo fija los medios para hacerlo y soporta una vigilancia muy especial por su importancia socio financiera.”⁶³

Dentro de esta regulación especial no se escapa el deber de discreción a que están obligados no sólo un banco, sino todas las entidades financieras, el secreto bancario comprende datos específicos que no competen al secreto profesional, tales como el monto del saldo, volumen promedio de las consignaciones y de giros, operaciones realizadas, etcétera, es decir que no se limita tan sólo a lo revelado por el cliente en la parte de negociación o a lo convenido en el contrato mismo, sino que se extiende a informaciones, operaciones y notas que surgen de la misma relación.

3.4 La relación del secreto bancario con la buena fe, el uso, el contrato y el secreto profesional

3.4.1 La buena fe

La buena fe ha de tomarse como el “principio de la celebración, ejecución, e interpretación de los contratos por el cual, un contrato no solo obliga a lo pactado expresamente sino a lo que le pertenece en razón de su naturaleza, tales como la ley, el

⁶³ Ibid. Pág. 43



expresamente sino a lo que le pertenece en razón de su naturaleza, tales como la ley, el uso, y la equidad; la legislación española establece que conforme a la buena fe y al uso en el contrato bancario se debe de observar el secreto.”⁶⁴ Así expresa su opinión: “el fundamento del deber del secreto que tienen los bancos hay que buscarlo en la naturaleza antes apuntada del contrato bancario como una relación de confianza.”⁶⁵

El citado autor se inclina por un concepto más amplio es decir la buena fe, en estos términos del secreto bancario es el resultado de aplicar estos principios a las negociaciones bancarias. No hay duda desde mi punto de vista, que el secreto bancario es jurídicamente y generalmente reconocido, fundamento dicha aceptación en la naturaleza y en la importancia económica del servicio bancario y en el carácter eminentemente fiduciario de la actividad bancaria, aún si ninguna disposición de la ley lo sancione y exprese directamente.

3.4.2 El uso

“Una corriente italiana considera que el secreto bancario se torna en obligatorio en virtud del uso universal y tradicionalmente observado por los bancos.”⁶⁶

En este caso tenemos integrado el uso al contrato, a través del Artículo 1374 del Código Civil Italiano, según el cual establece que el contrato obliga a las partes no sólo en cuanto a lo pactado en él sino también a todas las consecuencias que deriven, según la ley a falta de ésta, según la equidad.

De esta manera se afirma que el fundamento del secreto bancario está en el uso que se torna obligatorio a través de la integración del contrato, enmarcado también en el Artículo 1374 del Código Civil italiano.

La tesis de la profesionalidad del secreto, considera que es más conveniente replegarse sobre el uso como aquel que a falta de una norma legal, consigue dar una justificación a

⁶⁴ Garrinquez, Joaquín. Curso de derecho mercantil. Pág. 37

⁶⁵ Ibid. Pág. 37

⁶⁶ Ibid. Pág. 37



la obligación del secreto bancario. Ubica al uso como fundamento del secreto bancario, puesto que este reposa sobre el uso universalmente aceptando, aceptación que justifica en que es indispensable que sea mantenido y respeta de escrupulosamente porque representa un fundamento esencial de la recolección del ahorro y del sistema bancario en su actual estructura.

3.4.3. El contrato

“La reserva bancaria es una de las obligaciones fundamentales que nacen de las relaciones jurídicas en el marco de las operaciones bancarias o dichos de otra manera de los contratos bancarios: ya que estos obligan no solo a lo que expresamente se pacte, sino a todo aquello que pertenecemos a ellos por razón de la ley, la buena fe o la costumbre. En caso que se pactara en el contrato de manera expresa tal obligación, estaría fundamentado en el acuerdo de voluntades lo cual sería muy raro, especialmente porque los contratos bancarios son generalmente por adhesión, como por ejemplo el que se suscribe al contratar cajillas de seguridad”⁶⁷

El mismo autor, reconoce expresamente “que en el contrato está el fundamento de la obligación de secreto, el cual (el contrato), por ser una relación eminentemente fiduciaria, produce en el banco la obligación de mantener el secreto, como inevitable manifestación.”⁶⁸

3.4.4 El secreto profesional

El secreto bancario es la particularidad del secreto profesional, establecido en el Artículo 223 del Código Penal Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala: “Revelación de secretos profesionales” y no por otras normas legales, porque por secreto profesional, en su sentido estricto, no debe entenderse sólo el secreto debido por quienes ejercen una profesión sino más generalmente, inherente al ejercicio profesional de determinada actividad, tal como lo establece dicho artículo y para lo que

⁶⁷ Ibid. Pág. 38

⁶⁸ Ibid. Pág. 38



preceptúa: “quien, sin justa causa, revelara o emplearé en provecho propio o ajeno un secreto del que no ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte.” Un profesional tal como lo define el diccionario de la Real Academia Española: “es aquella persona que frente a la sociedad realiza una determinada actividad particular y que ofrece la prestación de sus servicios al público en general.”⁶⁹

En el transcurso de esa actividad puede llegar a incumplir deberes jurídicos incurriendo en un marco específico de culpa; la profesión con lleva unos grados diferentes de especialización, técnica, competencia y jerarquía que adiciona con la reglamentación y usos propios de cada una, haciéndola diferente a un simple oficio y por ende no se puede concretar culpa de esta clase, es decir profesionalmente. Así mismo surge la interrogante si puede hablarse de secreto profesional respecto a la banca o sólo respecto de los banqueros.

En principio no es posible negar la semejanza que guardan estas dos figuras, partiendo de un concepto idéntico toda vez que exige una revelación a otro que adquiere el deber de mantenerlo en reserva, tienen fundamentos más o menos similares, compartiendo una extensión y límites , aunque difieren en sus datos y en fin, reuniendo una serie de características que hacen que unas veces las dos figuras se pueden identificar o por lo menos confundir, llegando a considerar a un establecimiento bancario y no sólo el banquero, como profesional a pesar que exija una actividad personal.

Por otra parte se hace referencia a que “por razones de sus actividades profesionales, existen personas que conocen hechos, circunstancias, datos o documentos que le confíe la clientela.”⁷⁰ Siendo aquí donde se justifica la figura al decir, cuando existen ciertos hechos, datos, documentos, etc., conocidos por una persona en su carácter de profesional y quien por esta razón, no puede revelarlos sin justa causa ya que tiene un deber ético y jurídico que se lo prohíbe. Extendiéndose a todos aquellos datos que son conocidos por el profesional y al causar un perjuicio, el responsable estará sujeto como establece el autor “a una indemnización de perjuicios por los daños afectivamente

⁶⁹ Diccionario de Lengua Española. Edición Electrónica. Versión 21.1.0.1995

⁷⁰ Acosta, Ob. Cit; pág. 191

causados y debidamente verificados, la responsabilidad pueden ser secretamente contractual o no entendiendo que existe o no vínculo preciso que regule las relaciones del profesional, con el cliente.”⁷¹

3.5 El secreto bancario y su importancia en la transparencia de las operaciones

Cabe analizar la subsistencia que la figura del secreto bancario debe frente a la administración de justicia. Es decir, cuando jueces o funcionarios judiciales piden informes a la entidad sobre algunos de sus clientes.

La interpretación predominante es aquí también restrictiva, exonerándose de la obligación de guardar secreto solo frente al pedido de un juez en causa judicial en que el cliente sea parte interesada.

En la Ley Orgánica del Banco de Guatemala Decreto 16-2002, en su Artículo 49, se establece la confidencialidad de las informaciones de particulares obtenidas por la Superintendencia de Bancos, en el ejercicio de sus funciones, por considerarse datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia. Hace la salvedad en el caso que exista una orden de juez competente.

En la legislación guatemalteca, se encuentra que en las distintas ramas del derecho, específicamente en el ámbito procesal, los titulares de las judicaturas se encuentran facultados para obtener información bancaria, y al efecto las cito, separándolos por materia de aplicación legal:

- En el derecho procesal civil y mercantil

En el Artículo 183 del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto 107, se regula que el juez, de oficio o a solicitud de parte puede pedir a cualquier oficina pública o institución bancaria, las informaciones escritas relativas a actos o documentos de dichas oficinas, que sea necesario incorporar al proceso.

⁷¹ Ibid. Pág. 192

- En el derecho procesal penal

Existen dos disposiciones al respecto en el Código Procesal Penal Decreto 51-92, una de carácter general contempladas en el Artículo 245, que regula: Los tribunales y el Ministerio Público podrán requerir informes sobre datos que consten en registros llevados conforme a la ley.

Los informes se solicitarán indicando el procedimiento en el cual son requeridos, el nombre del imputado, el lugar donde debe ser entregado el informe, el plazo para su presentación y las consecuencias previstas por el incumplimiento del que debe informar.

Y la otra de carácter más especial, regulada en el Artículo 319 del mismo cuerpo legal, en donde el Ministerio Público puede exigir informaciones de cualquier funcionario o empleado público, emplazándolos conforme a las circunstancias y estarán obligados a satisfacer el requerimiento o comisión.

Para solicitar informaciones de personas individuales o jurídicas el Ministerio Público deberá solicitar autorización de juez competente.

Para los efectos del presente trabajo de tesis, esta norma legal es la aplicable en virtud de que los bancos son personas jurídicas, razón por la cual se encuentra un fundamento legal para la existencia del secreto bancario, y que la información puede solicitarse a los bancos del sistema, siempre y cuando el juez competente lo haya autorizado al fiscal que realiza la investigación en determinado asunto.

- En el derecho procesal laboral

En el Código de Trabajo Decreto 1441, se establece que supletoriamente, en cuanto no contraríen el texto y los principios procesales de dicho cuerpo legal, se aplicaran las disposiciones contempladas en el Código Procesal Civil y Mercantil Decreto 107.



Manifestando así que hay que recurrir al Artículo 183 del mencionado Código, a efectos de recabar información bancaria, que generalmente se solicita para verificar y establecer la situación económica del demandado, parte patronal en la mayoría de los casos y que ha sido omiso para con el trabajador en el pago de las prestaciones laborales que al mismo correspondan; asimismo se recaban informaciones a los bancos del sistema nacional de parte de las comisiones paritarias del salario mínimo para la fijación periódica del salario mínimo en Guatemala al tenor de los Artículos 111, 112, 113, 114 de Código de Trabajo Decreto 1441.

- Los informes interbancarios o informes comerciales

Referente a este punto, el tratadista guatemalteco, afirma que debe hacerse una "especial consideración merece el caso de los **colegas** del banquero. Es decir, cuando otras entidades financieras piden informes sobre un cliente. El banquero se enfrenta al conflicto de dos deberes, el del secreto por una parte y el de auxiliar a sus colegas por la otra.

La discreción que debe existir entre las entidades debe ser la máxima, a fin de evitar consecuencias por la información que se suministre. En cada caso, habrá de estarse a la legislación respectiva.

Dentro de la actividad desarrollada por las instituciones bancarias, es necesario el apoyo interinstitucional, a efecto de efectuar con mayor eficacia su labor, es por eso que en el texto de la Ley de Bancos, en su Artículo 19 párrafo último, establece como una excepción más los informes que entre instituciones bancarias deben rendirse, atendiendo lo que textualmente establece el párrafo referido. No están comprendidas en el párrafo anterior las informaciones que requieran las autoridades en uso de sus atribuciones legales ni el intercambio corriente de informes confidencial entre banco o instituciones similares para el exclusivo propósito de proteger las operaciones de crédito en general.

3.5.1 La Superintendencia de Administración Tributaria y el secreto bancario

La función suprema del Estado debe ser, la obtención del interés general sobre el particular a través de la potestad pública. Dentro del juego de intereses que pugnarán desde el exterior con el secreto bancario, se encuentra el interés público, para cuya defensa se han atribuido facultades a la Administración, la que, en el ejercicio de ellas, deberá observar, entre otros, estos principios:

- La Legalidad: Este principio se encuentra establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 239, el cual regula lo siguiente: “Artículo 239.- Principio de legalidad. Corresponde con exclusividad al Congreso de la República, decretar impuestos ordinarios y extraordinarios, arbitrios y contribuciones especiales, conforme a las necesidades del Estado y de acuerdo a la equidad y justicia tributaria, así como determinar las bases de recaudación, especialmente las siguientes:
 - a. El hecho generador de la relación tributaria;
 - b. Las exenciones;
 - c. El sujeto pasivo del tributo y la responsabilidad solidaria;
 - d. La base imponible y el tipo impositivo;
 - e. Las deducciones, los descuentos, reducciones y recargos; y
 - f. Las infracciones y sanciones tributarias.

Son nulas ipso jure las disposiciones, jerárquicamente inferiores a la ley, que contradigan o tergiversen las normas legales reguladoras de las bases de recaudación del tributo.”

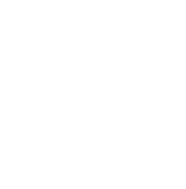
Las disposiciones reglamentarias no podrán modificar dichas bases y se concretarán a normar lo relativo al cobro administrativo del tributo y establecer los procedimientos que faciliten su recaudación.

- El formalismo: Con el fin de lograr que los actos administrativos realmente persigan el interés general y de proteger los derechos de los administrados, la actuación de la Administración, para ser válida, debe realizarse con estricta sujeción a los requisitos de forma, esto es, al procedimiento administrativo que señala la ley.
- La especialidad: El derecho administrativo constituye un sistema jurídico que permitirá a la Administración emitir decisiones unilaterales y ejecutivas que producirán sus efectos sin necesidad de contar con la aquiescencia de sus destinatarios y aun en contra de sus opiniones o deseos.

De tal modo que los órganos administrativos, en el ejercicio de sus facultades, deberán observar estos extremos, dentro de estos órganos nos encontramos con la actuación de la Superintendencia de Administración Tributaria.

Es evidente que el secreto, desde el punto de vista de los bancos y de los clientes, es una defensa del capital, las legislaciones que privilegien a este último no considerarán su derogación frente a la autoridad impositiva.

Por el contrario, en aquellos lugares en que el capital no sea base ni fundamento del sistema ideológico imperante, el secreto bancario desaparecerá frente a la imposición hacendística.



CAPÍTULO IV

4. El lavado de dinero y otros activos y su relación con el secreto bancario

4.1 Antecedentes del delito

Por más de cuatro décadas la preocupación por el uso indebido de drogas, sustancias narcóticas y sustancias sicotrópicas, ha sido un tema de vital importancia en el ámbito mundial; por tal circunstancia se lleva a cabo en la Organización de la Naciones Unidas en 1961 la Convención sobre Drogas Narcóticas, cuyo objetivo principal es combatir el abuso de las drogas mediante una acción internacional coordinada, a través de dos mecanismos de control: El primero es que el uso, posesión, intercambio, distribución, importación, exportación, fabricación y producción sean destinadas con fines científicos o médicos y el segundo dirigido a prevenir y desincentivar el uso de narcóticos.

Como consecuencia de la diversificación, expansión y proliferación de nuevas drogas, la Convención es enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, en la que se establecen controles a un número de drogas sintéticas, después de estudiar su potencia por abuso así como su valor terapéutico.

Su principal objetivo es que el uso indebido de drogas representa una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos, protegiendo un derecho universal como lo es el derecho a la vida. "No es sino hasta 1982 que surge el término lavado de dinero en Estados Unidos con la denominación pitufo, pitufeo, pitufearo.

Fue a través de la investigación denominada Greenbank, realizada por Fred Meyer, agente especial de la división de investigaciones criminales del servicio de rentas internas de Estados Unidos, que la denominación tiene mayor importancia, y se identifica la compra de cheques de gerencia por valores inferiores a US \$10,000 cada uno, en forma constante, realizado a través de los bancos."⁷²

⁷² Blanco Cordero, Isidro, El delito del blanqueo de capitales. p.597.

Se estableció que el tráfico ilícito de drogas genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que tienden a desacreditar, corromper y contaminar la estructura de la Administración Pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y a la sociedad en todos sus niveles.

“Es a través de esta investigación en donde surge el concepto de lavado de dinero y en 1986 la ley de lavado de dinero en Estados Unidos (Money Laundering control Act).”⁷³ En 1986 surge una nueva política internacional antidroga: La Comisión de Estupefacientes de la Organización de las Naciones Unidas propone que el lavado de dinero pase a ser considerado como un **delito autónomo**, en donde se tipifica y sanciona el delito de lavado de dinero. Dicha política Internacional concluye con la firma de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas en el año de 1988, en esta convención es en donde se encuentra definido el término lavado de dinero, que actualmente es tomado en la legislación de cada país miembro a dicho tratado.

4.2 Definición de lavado de dinero

El lavado de dinero por la obtención de bienes y ganancias procedente del tráfico ilícito o la comisión de un hecho punible, toma diferentes acepciones dentro del campo financiero y en la legislación de cada país como lavado de dinero, blanqueado de dinero, reciclaje de dinero, legalización de capitales.

“Uno de los objetivos del lavado de dinero es la simulación de licitud, el ocultamiento de la verdadera identidad del traficante y su ubicación. Por ello la venta y compra de los bienes sujetos a lavado no es realizada directamente por el autor intelectual del hecho punible, sin embargo de conformidad a las clases de autoría (Sujeto que presta una contribución causal a la realización del tipo, con independencia de la importancia que corresponda a su colaboración para el conjunto del hecho)”⁷⁴, todos son responsables en forma directa sobre la comisión del hecho punible.

⁷³ Lavado de dinero un delito criminal, <http://www.lavadodinero.com/QueEsLavado.aspx>, fecha de consulta 27/04/2012

⁷⁴ Gálvez Barrios, Estuardo, La participación en el delito, pág. 12.



No existe una definición con referencia a este término, para algunos el lavado de dinero es un proceso y no simplemente un concepto, es por ello que existen muchas definiciones, de las cuales enumeramos las más aceptadas en el ámbito internacional. "Lavado de dinero: en general, es el proceso de esconder o disfrazar la existencia, fuente ilegal, movimiento, destino o uso ilegal de bienes o fondos derivados ilícitamente para hacerlos aparentar legítimos; en general involucra la ubicación de fondos en el sistema financiero, la estructuración de transacciones para disfrazar el origen, propiedad y ubicación de los fondos y la integración de los fondos en la sociedad en la forma de bienes que tienen la apariencia de respetabilidad."⁷⁵

"El que convirtiere, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de \$ 50.000, sean en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí."⁷⁶

"La conversión o transferencia de activos a sabiendas de que deriva de ofensa criminal, con el propósito de esconder o disfrazar su procedencia ilegal, también ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito a evadir las consecuencias legales de su accionar. Ocultar o disfrazar la naturaleza real, fuente, ubicación, disposición, movimiento, derechos con respecto a, o propiedad de bienes a sabiendas de que derivan de ofensa criminal. La adquisición, posesión o uso de bienes, sabiendo al momento de su recibo, que deriva de una ofensa criminal o de la participación en algún delito. "⁷⁷

"Concretamente, podemos definir como lavado de dinero a "un conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al Producto Nacional Bruto de cada país, sea de modo transitorio o permanente, de los recursos, bienes y servicios

⁷⁵ Qué es el lavado de dinero, <http://www.lavadodiner.com/QueEsLavado.aspx>, fecha de consulta 27/01/2012

⁷⁶ Blanco Cordero, Isidoro, El delito de blanqueo de capitales, pág. 101.

⁷⁷ Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), <http://www.lavadodiner.com/QueEsLavado.aspx>. Fecha de consulta: 27/04/2012

que se originan o están conexos con transacciones de macro o micro tráfico ilícito de drogas.”⁷⁸

Muchas son las definiciones que se le ha dado a este término; Naciones Unidas la define como “La conversión o transferencia de propiedad a sabiendas que tal propiedad es derivada de cualquier delito o de un acto de participación en tal delito con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de la propiedad o de ayudar a cualquier persona que está involucrada en la comisión de tal delito a evadir las consecuencias legales de esta acción”.⁷⁹

A mi criterio de las definiciones anteriores la más completa es la realizada por el GAFI (grupo de acción financiera internacional, en sus siglas GAFI), en virtud que contempla todas las formas en que puede ser realizada esta clase de delito.

4.3 Breve análisis e interpretación de la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala y su reglamento

4.3.1 Análisis e interpretación de la ley

Previo a analizar la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, es necesario establecer las formas de interpretación e integración que regula la Ley del Organismo Judicial y el nivel jerárquico que ocupan las leyes en el sistema jurídico nacional.

El análisis que se lleva a cabo en el presente trabajo lleva su principal fundamento en la Constitución Política de la República de Guatemala como norma jurídica suprema, las convenciones y tratados ratificados por Guatemala en materia de lavado de dinero, derechos humanos y las leyes ordinarias que deben ser aplicadas.

⁷⁸ Prado Saldarriaga, Víctor Roberto, El delito de lavado de dinero , <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artsaldo1htm>, (agosto 2002) fecha de consulta 27/04/2012

⁷⁹ IV Conferencia Anual Latinoamericana sobre lavado de Activos celebrada en Panamá el 25 de Septiembre 2003. Publicado en Revista de la AAEF abril 2001, [http://www.aef.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/0/f21c5164e1f4cb5403256d6c007deb15/\\$FILE/Doctrina0401.pdf](http://www.aef.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/0/f21c5164e1f4cb5403256d6c007deb15/$FILE/Doctrina0401.pdf). Fecha de consulta: 27/04/2012.



Asimismo, se debe tomar lo que establece la Corte de Constitucionalidad al referirse a los deberes del Estado respecto a los habitantes de la República, le impone la obligación de garantizar no solo la libertad, sino también otros valores, como son los “de la justicia y el desarrollo integral de la persona, para lo cual debe adoptar las medidas que a su juicio sean convenientes según lo demanden las necesidades y condiciones del momento, que pueden ser no solo individuales sino también sociales”⁸⁰

Es conveniente que para que una norma sea aplicada a un caso concreto exista una interpretación previa para no violar derechos inherentes a la persona. En la presente investigación se han analizado los antecedentes de la presente ley y se puede establecer que la misma protege derechos importantes de la persona, que se encuentran inmersos en el bien jurídico que protege la misma, como lo es el derecho a la vida, desarrollo integral de la persona, y el sistema socioeconómico de la sociedad. La ley de Organismo Judicial en su Artículo diez, primer párrafo establece:

“Las normas se interpretarán conforme a su texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales,” es decir que la norma ordinaria no puede contradecir preceptos constitucionales, caso contrario estaríamos frente a una norma nula ipso jure, es un derecho vigente, pero no puede ser aplicado por contradecir preceptos constitucionales.

En la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos, se debe realizar una interpretación e integración para su aplicación. En la misma se establecen preceptos claros que no presentan ninguna confusión; sin embargo hay otros que deben ser analizados y se deberá realizar una integración de la norma para establecer el espíritu de la misma. Al respecto el licenciado José Arturo Sierra González manifiesta que “No puede haber aplicación del derecho positivo, si no media una actividad de interpretación”, es decir que las normas jurídicas no pueden aplicarse a un caso

⁸⁰ Gaceta No. 1, página 3, expediente No. 12-86, sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 17/09/86 referente a los deberes del Estado.

concreto en forma aislada, sino debemos analizarla de conformidad con la jerarquía de nuestro ordenamiento jurídico vigente.

4.3.2 Su relación con otras normas jurídicas

La gran necesidad que surgió de tipificar el lavado de dinero en el ámbito Internacional, tiene su origen en el lavado de grandes cantidades de dinero provenientes del narcotráfico. La Convención de Viena en su Artículo tres manifiesta que la conversión, transferencia, adquisición, ocultamiento o encubrimiento relacionado con el delito de tráfico ilícito de drogas deberá ser penalizado en la legislación de cada país.

La misma establece claramente que el lavado de dinero debe ser por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas; sin embargo debido al alto grado de corrupción en la administración pública y administración de justicia en Latinoamérica, fue modificado posteriormente por la CICAD y se establece en su Artículo dos que se comete delito de lavado de dinero por la comisión de delito de tráfico ilícito de drogas y delitos graves mismo que se lleva a cabo **a sabiendas**, término que el GAFI solicita se incluya en la tipificación del delito en la legislación de cada Estado.⁸¹

Y en el Convenio entre Centroamérica y República Dominicana para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delito Conexos, suscrito en la ciudad de Santo Domingo, el 6 noviembre de 1997, se hace referencia que para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, se regulará por “la comisión de tráfico ilícito de drogas y delitos conexos.”⁸² Guatemala con base a los tratados ratificados establece el tipo penal y la sanción correspondiente a quien lo realice.

La Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos Decreto 67-2001 del Congreso de la República de Guatemala, cobro vigencia a partir del 17 de diciembre de 2001, establece

⁸¹ Organización de los Estados Americanos/ CICAD. Reglamento Modelo sobre los Delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de Drogas y Delitos Graves. Artículo 21. www.felaban.com/lavado/reglamento_modelo.doc, (12 de octubre de 2002).

⁸² Convenio entre Centroamérica y República Dominicana para la prevención y la represión de los Delitos de lavado de dinero y de Activos relacionados con el tráfico ilícito de Drogas y Delitos Conexos, Santo Domingo, 6 de noviembre de 1997, http://www.sieca.org.gt/publico/Reuniones_Presidentes (agosto de 2002).



como objetivo principal en su Artículo 1: " Prevenir, controlar, vigilar y sancionar el lavado de dinero u otros activos procedentes de la comisión de cualquier delito, y establece las normas que para este efecto deberán observar las personas obligadas y autoridades competentes".

Al analizar lo que establece la norma jurídica y con base al reglamento modelo, Guatemala tipifica el delito por la comisión de cualquier ilícito, es decir que nuestra norma jurídica extiende su tipificación por la comisión de los tipos penales que regula el Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, Código Penal y de otras que se encuentren en leyes especiales, en virtud de que no se manifiesta en la norma jurídica que sea por la comisión de delitos graves o delitos conexos específicamente, o en su caso los delitos de acción pública que son los que se encuentra regulados en el Código Penal.

Sin embargo, debemos tomar como referencia que nuestra legislación cataloga los delitos como leves aquellos cuya trascendencia no sean de impacto social.

La Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos en su Artículo uno, manifiesta en forma general el objetivo por lo cual fue creada, siendo una de ellas la de prevenir. El Diccionario de la Real Academia Española define este término como: "Preparar con anticipación una cosa. Prever un daño o peligro".⁸³ Para prevenir el lavado de dinero, se han realizado varios acuerdos y recomendaciones en el ámbito internacional, dentro de los cuales se encuentran:

- "Recomendación del Consejo de Ministros de Europa, celebrado en 1980, en donde se solicita por primera vez a las autoridades de supervisión bancaria y las entidades financieras del mundo para prevenir el lavado de activos, estableciendo como obligación legal el de colaborar con las autoridades.
- Convención de la ONU contra el Tráfico Ilícito de Narcóticos y Sustancias Sicotrópicas, en donde se regula que el Delito de Lavado de Dinero, sea catalogado como un delito

⁸³ Diccionario de Lengua Española. Edición Electrónica. Versión 21.1.0.1995

autónomo. Se establece la cooperación judicial internacional y flexibilizar el secreto bancario.

- Declaración de Principios del Comité de Regulación Bancaria Basilea celebrada en 1988, en donde se define el papel de los supervisores financieros y las políticas que se deberán implementar para prevenir el lavado de dinero, entre ellas: conocer a su cliente, colaborar con las autoridades judiciales, elaborar un manual de conducta, fortalecer la vigilancia bancaria y diseñar programas de capacitación.
- Cuarenta recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI), cuyo fin primordial es la creación de políticas para la represión de lavado de dinero, como un instrumento para la prevención del delito y que su aplicación sea de carácter universal para que abarquen el sistema de justicia penal y la aplicación penal, el sistema financiero y la cooperación. Guatemala ya es miembro de la GAFI, para dar cumplimiento a sus recomendaciones, después de la descalificación que le diera esta antes de la emisión de la ley.”⁸⁴

Se debe tomar en cuenta que una de las recomendaciones de esta institución es que las leyes sobre el secreto bancario deben formularse de una manera que no limite la aplicación de la ley, la tipificación del delito proveniente del narcotráfico así como otros delitos graves y medidas preventivas. Establece sobre la aplicación de la ley a todo el sistema financiero, normas de identificación del cliente, las medidas para la prevención del lavado de dinero, la cooperación en el ámbito internacional; esto incluye el intercambio de información.

- “Directivos del Consejo de la Comunidad Económica Europea en donde se establece el deber de reportar operaciones sospechosas, los que exime de responsabilidad a la persona obligada por el reporte de buena fe.

⁸⁴ Organización de los Estados Americanos/ CICAD. Reglamento Modelo sobre los Delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de Drogas y Delitos Graves. Anexo 9 y 12.3, www.felaban.com/lavado/reglamento_modelo.doc, (12 de octubre de 2002). fecha de consulta 25/04/2012

- Plan de Acción de Buenos Aires, celebrada en diciembre de 1995, en el Marco de la Organización de los Estados Americanos, se compromete cada estado a la prevención del delito de lavado de dinero.
- Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN), en donde se establecen las políticas de autorregulación en el sector financiero.
- Grupo Egmont (UIF) en donde se crean las Unidades de Inteligencia o de Información financiera, cuya función principal es el control y prevención del lavado de dinero. Este fue uno de los anexos que se encuentran dentro del reglamento modelo de la CICAD.⁸⁵

4.4 Prevención, control y vigilancia del lavado de dinero y otros activos

Guatemala para prevenir el lavado de dinero, adoptó las recomendaciones anteriores; es por esta razón que se crean y modifican las leyes que regulan el sistema financiero tomando en cuenta los principios contenidos en la Declaración de Basilea, en virtud de que uno de los medios que se utilizan para lavar dinero es el sistema financiero, siendo estas:

- La Ley Orgánica del Banco de Guatemala (Decreto No 16-2002 del Congreso de la República de Guatemala). Este Decreto deroga al Decreto 215 del Congreso de la República con la finalidad de estructurar los nuevos cambios que se han generado en el sistema financiero, a efecto de implementar nuevas políticas monetarias y financieras.

Dicho cuerpo legal establece en su Artículo cuatro como una de las funciones del Banco de Guatemala la de procurar que se mantenga un nivel adecuado de liquidez del sistema bancario, mediante mecanismos previstos en la ley. En su Artículo 26 establece como una atribución de la Junta Monetaria la de velar por la

⁸⁵ Organización de los Estados Americanos/ CICAD. Reglamento Modelo sobre los Delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de Drogas y Delitos Graves. Anexo 9 y 12.3, www.felaban.com/lavado/reglamento_modelo.doc, (12 de octubre de 2002). Fecha de consulta: 28/04/2012



liquidez y solvencia del sistema bancario; asimismo, se establece que el Banco de Guatemala podrá otorgar crédito a los bancos del sistema únicamente para solventar deficiencias temporales hasta el 50% de su patrimonio computable y únicamente se podrán otorgar un máximo de dos créditos por un período de 12 meses. El sistema financiero tiene un papel importante en la prevención del lavado de dinero.

La Ley Orgánica del Banco de Guatemala establece las funciones principales del mismo y la obligación de depositar en el banco central los ingresos del Estado. Las sanciones impuestas por diferencias en el encaje bancario y diferencia en el depósito legal, esto con el objeto de que el banco no tome riesgos dentro de la institución, afectando a los usuarios cuando el mismo tiene problemas de liquidez cuando es utilizado para lavar dinero.

- La Ley de Bancos y Grupos Financieros (Decreto 19-2002 del Congreso de la República de Guatemala). Tiene como principal objetivo la prevención del delito de lavado de dinero, siendo importante destacar los artículos en donde esta prevención se lleva a cabo. Primero la legislación guatemalteca regula lo referente a la supervisión de las entidades financieras a través de la autorización y organización de un grupo financiero. Dicha entidad agrupará a dos o más personas jurídicas que realicen actividades financieras, de las cuales una de ellas deberá ser el banco, quien será la empresa controladora, supervisada por la superintendencia de bancos, para evitar que cualquier empresa realice actividades financieras o de intermediación sin tener una supervisión por parte del Estado (Artículos 27, 28). Otro punto que es importante destacar de la presente ley es que en su Artículo 63 regula lo referente al secreto bancario y la confidencialidad de la identidad de los depositarios de las entidades financieras. Al respecto la Convención de Viena y el reglamento modelo de la CICAD/OEA, establece que debe existir una mayor flexibilidad en las leyes a efecto de que el secreto bancario no sea un impedimento para el control y la asistencia legal mutua para la detección de operaciones sospechosas. En el Artículo se exceptúan los informes que los bancos deben remitir a la Superintendencia de



Bancos y en materia de lavado de dinero a la Intendencia de Verificación Especial, que aunque el artículo no lo mencione es una obligación que se define en la ley de lavado de dinero u otros activos; los que son remitidos a través del oficial de cumplimiento. Asimismo, se regula el Fondo para la Protección del Ahorro y el delito de intermediación financiera.

- Ley de Supervisión Financiera (Decreto 18-2002 del Congreso de la República de Guatemala) que amplía el ámbito de supervisión de la Superintendencia de Bancos. Uno de los objetivos principales de la creación de la Ley de Supervisión Financiera, es prevenir el lavado de dinero, a través del ámbito de aplicación de la supervisión de la Superintendencia de Bancos, para lo cual se amplía su competencia territorial y material establecida en el Artículo 133 último párrafo de la Constitución Política de la República de Guatemala, referente a las entidades que la Superintendencia de Bancos vigilará e inspeccionará en forma preventiva; facultad que se amplía en el Artículo 1 de la referida ley.

El Artículo tres, literal 5 de la ley de supervisión financiera establece que la superintendencia de bancos ejercerá su función con las más amplias facultades y podrá solicitar cualquier información o documentación a la entidad que supervisa. Es en esta función en donde se establece la prevención del delito de lavado de dinero que se encuentra contemplado en el Artículo uno que se está analizando. El Reglamento Modelo de la CICAD establece que la ley que se decreta no deberá violar el derecho interno y principios Constitucionales. Se puede observar que la CICAD y la Convención de Viena establecen que el secreto bancario no sea un obstáculo para la investigación.

Si el bien jurídico tutelado que protege el lavado de dinero en nuestra legislación es la economía nacional y el sistema financiero, se debe tomar en cuenta que es a través de la estabilidad económica que una persona puede obtener su desarrollo integral, que se encuentra como un deber primordial del estado y derecho inherente a la persona, contemplado en el Artículo dos de la Constitución Política de la República de Guatemala, por tanto a mi criterio no se estaría violando la Constitución en virtud de que la función de la Superintendencia de Bancos es de prevención del delito al establecer la



facultad de solicitar cualquier información a la entidad financiera y estaría cumpliendo con el fin supremo del estado, el bien común, al proteger el desarrollo integral de la persona a través de la estabilidad en el sistema financiero nacional.

Dentro del Artículo uno de la ley contra el lavado de dinero u otros activos, se establece el prevenir, controlar y vigilar el lavado de dinero, esta función es realizada por la persona que la ley denomina oficial de cumplimiento.

4.5 El oficial de cumplimiento

La Federación Latinoamérica de Bancos, define como oficial de cumplimiento, “al ejecutivo designado por el máximo órgano directivo de una institución financiera o sujeto obligado, para que asuma las responsabilidades de establecer el código de conducta, verificar la aplicación de la ley, formular y ejecutar procedimientos y diseñar controles adecuados, efectivos y de calidad, con el propósito de prevenir la utilización de la entidad o sujeto obligado para el lavado de dinero.”⁸⁶

El oficial de cumplimiento es una de las figuras más importantes para prevenir, detectar, investigar y comprobar el delito de lavado de dinero; para minimizar el riesgo legal, operativo y de reputación de la persona obligada, Es el funcionario encargado de analizar el perfil de cada cliente y de los proveedores.

Debe estar informado sobre las políticas de mercadeo y preferentemente su cargo debe estar relacionado directamente con el órgano supremo de la entidad obligada. Debe analizar a cada directivo, empleado y a toda persona vinculada con la persona obligada; así como las circunstancias y las situaciones, relacionadas con el actuar de cada uno. Una de las recomendaciones en el Reglamento Modelo de la CICAD/OEA, en el Artículo 16 es que las instituciones financieras u otras entidades obligadas, deberán asimismo designar funcionarios a nivel gerencial encargados de vigilar el cumplimiento de los

⁸⁶ Rivera Alf, Gastón Lavado de Dinero e Investigación Financiera. Delito de Tráfico Ilícito de Drogas. pag .19



programas y procedimientos internos, incluidos el mantenimiento de registros adecuados y la comunicación de transacciones sospechosas.

Dichos funcionarios servirían de enlace con las autoridades competentes. Por lo anterior el oficial de cumplimiento toma un papel importante y debe ser catalogado un trabajador de confianza tanto para la persona obligada como para el ente supervisor y controlador en la presente ley; al momento de ser propuesto debe llenar los siguientes requisitos de conformidad con la Federación Latinoamericana de Bancos:

- Profesional preferiblemente en áreas administrativas.
- Total disposición al cambio.
- De proceder recto e íntegro.
- Enérgico, activo, diligente, dinámico y creativo.
- De actuar precavido y reservado.
- Debe conocer de manera amplia la actividad y productos de la entidad.
- Amplia experiencia en control y supervisión.

4.6 Funciones del oficial de cumplimiento

Las funciones del oficial de cumplimiento están contenidas en el Artículo 22 del Reglamento de la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos. Algunas recogen parte de la normativa del Reglamento Modelo, por ejemplo:

- Debe elaborar el Código de Conducta con base a las necesidades de cada entidad, así como los programas, normas, procedimientos y controles que se deben adoptar, desarrollar y ejecutar.
- Debe organizar programas de capacitación para la persona obligada y la política conozca a su cliente, conozca su mercado e informar sobre los alcances y sanciones que conlleva la falta de cumplimiento a lo establecido en la ley.
- Enviará los informes que le sean requeridos por la Intendencia de Verificación Especial, especialmente aquellas operaciones sospechosas a través de los formularios autorizados. Es el medio de enlace con la autoridad competente de

conformidad con el Artículo 36 del Reglamento de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos.

- Si las necesidades de la empresa así lo requiere deberá crear las directrices para organizar y crear la Unidad de Cumplimiento. La entidad obligada debe prestar vital importancia a la elaboración del Código de conducta a través del oficial de cumplimiento u otra persona nombrada para la realización del mismo; ello debido a que a través de este instrumento se regulará la forma en que cada empleado debe de realizar su trabajo para la prevención y control de lavado de dinero y al mismo tiempo evitarle a la persona obligada la sanción que corresponda en caso de que se omita, se destruya alguna información.

Es importante tomar en cuenta que en este delito la responsabilidad y el delito también recaen sobre la persona (natural o jurídica) obligada, funcionarios y demás empleados.

4.7 El Código de Conducta

Los principios morales y éticos que regulará el Código de Conducta deben de ser del conocimiento de todos los empleados de la persona obligada. Dicho documento al momento de ser elaborado debe ser divulgado, con el fin de que el mismo sea acatado tanto por funcionarios como empleados.

Deberá contener asimismo las sanciones que se impondrán por su incumplimiento y es de carácter imperativo. Otra de las políticas a desarrollar por la persona obligada es el principio “conozca a su cliente y conozca su Mercado”. Son principios que permiten saber más acerca del cliente, conocer su actividad económica, su patrimonio y la forma en que realiza sus transacciones.

A través del formulario que proporciona la Intendencia de Verificación Especial, puede establecer a que persona le interesan los productos y servicios que se ofrecen en una entidad financiera, la oportunidad de visitarlo y verificar que la misma no sea de carácter ficticio, en el caso de empresas.



Una de las instituciones que adopto un código uniforme fue la Asociación Bancaria y Entidades Financiera ASOBANCARIA en Colombia, el 21 de octubre de 1992. Otras instituciones que están obligadas a rendir informe sobre actividades sospechosas a través del oficial de cumplimiento, son las Cooperativas de Ahorro y Crédito que si bien no son supervisadas por la Superintendencia de Bancos pueden ser utilizadas para lavar dinero a través de sus asociados o por medio del financiamiento que reciben de otras entidades financieras o no. Con menores obligaciones ante la Intendencia de Verificación Especial y sin necesidad de contar con un oficial de cumplimiento existen otras personas obligadas entre las cuales están las Organizaciones no Gubernamentales, reguladas a través del Decreto 02-2003 del Congreso de la República de Guatemala. Son de carácter no lucrativo al igual que las cooperativas y son fiscalizadas de conformidad con la ley por la Contraloría General de Cuentas. Sin embargo dichas entidades pueden ser utilizadas para lavar dinero a través del financiamiento que reciben de otras entidades financieras o no. ¿Cuál es el motivo por el cual se establece que existe una obligación para estas y otras organizaciones?

Analicemos lo que establece el reglamento modelo y la ley contra el lavado de dinero u otros activos:

El Artículo diez del reglamento modelo establece lo referente a las instituciones y actividades financieras como principales obligadas; dicho cuerpo legal en su Artículo 17 se refiere a las disposiciones para otros obligados. Entre ellas la supervisión y control del financiamiento de organizaciones no lucrativas o no gubernamentales.

El Decreto 67- 2001 dentro de las funciones de la Intendencia de Verificación Especial establece en su Artículo 33, inciso a) Requerir y/o recibir de las personas obligadas toda la información relacionada con las transacciones financieras, comerciales o de negocios que puedan tener vinculación con el delito de lavado de dinero u otros activos; Inciso h) "Otras que se deriven de la presente ley o de otras disposiciones legales y convenios internacionales aprobados por el estado de Guatemala.



En el Artículo 18, numeral 5, inciso g, dentro de las personas obligadas están las personas individuales o jurídicas que realicen cualesquiera de las siguientes actividades...g) Cualquier otra actividad que por la naturaleza de sus operaciones pueda ser utilizadas para el lavado de dinero u otros activos, como se establece en la ley. En el Artículo 5, Grupo B del Reglamento de la Ley contra el Lavado de Dinero u Otros Activos; se establece más detallado las personas obligadas y en el Artículo 8 establece la forma de incorporación de otras personas obligadas mediante acuerdo Gubernativo; sin embargo dicho artículo establece que deberá indicar a qué grupo de personas obligadas se debe ubicar, para lo cual el Artículo 5, inciso h establece "Otras que la legislación someta específicamente a la vigilancia e inspección de Superintendencia de Bancos." A mi criterio y con base a lo que establece la ley, las ONGS deben enviar los informes correspondientes sobre actividades sospechosas, dando cumplimiento a lo que establece la ley referente a la prevención y control de lavado de dinero, a través del funcionario que el mismo nombre.

La función que realiza el oficial de cumplimiento es esencial en la prevención del delito en virtud, que el Reglamento Modelo de la CICAD en sus Artículos 14 y 15, establece la obligación de presentar denuncia y la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos en su Artículo 2, establece dentro de los grados de participación, la tipificación del delito en caso de que el mismo no cumpla con la obligación de informar, así como de otros funcionarios o personal que asesora, dentro de los que se incluye a los Auditores, Abogados y Notarios y funcionarios en las instituciones del Estado.

Es importante mencionar que la ley es muy amplia y determina responsabilidad para la mayoría de personas y no únicamente a las entidades financieras.

Tomando como base las funciones de la Intendencia de Verificación Especial, la misma puede recibir los informes y formularios de personas obligadas que no necesariamente sean entidades de carácter financiero, en virtud de que la ley en marca como personas obligadas a todas aquellas que sepan que una transacción es sospechosa por lo inusual de la operación o el manejo de grandes cantidades de dinero. Más que una imposición



es un deber moral el llevar a cabo esta función y evitar la realización de nuevos hechos delictivos.

4.8 Unidad de cumplimiento

En Guatemala las entidades financieras, ya sea que operen en forma autónoma o como grupos financieros, poseen agencias y sucursales, lo cual hace más complejo el control de lavado de dinero. Ante ésta situación para realizar mejor la labor del oficial de cumplimiento es necesario la creación de una unidad de cumplimiento, la que debe encontrarse a cargo del oficial de cumplimiento, cuya función principal es la de coordinar a un equipo de trabajo que se encuentra a su cargo, cubriendo todas las dependencias, instituciones u oficinas de la persona obligada, delegando funciones, preparando seminarios de capacitación actualizada, así como de informar sobre los cambios en las leyes referente a esta materia.

Uno de los objetivos de la creación de la unidad de cumplimiento es la descentralización del trabajo, para obtener mejores resultados en la prevención y control de lavado de dinero.

Cada unidad de cumplimiento debe contar con un organigrama cuyo funcionario de alto rango debe ser el oficial de cumplimiento designado por el órgano superior de la persona obligada y depender directamente del mismo.

Deben de estar bien delimitadas las funciones y responsabilidad de cada miembro del equipo de trabajo, quienes deberán reunir las mismas calidades requeridas para el oficial de cumplimiento.

El órgano superior de cada entidad debe ser el encargado de nombrar y remover al oficial de cumplimiento. Debe delimitar la misión, objetivos, estrategias, autonomía y responsabilidad del mismo, debidamente respaldados con documentos aprobados por dicho órgano.

Dentro de las principales funciones del equipo que conforma la unidad de cumplimiento son:

- “Elaborar las políticas, normas y procedimientos para la aplicación de la Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos y su reglamento.
- Ejecución de los procedimientos para la prevención de lavado de dinero.
- Revisión y envío de los reportes periódicos de información de entes externos de supervisión y control.
- Elaboración de informes mensuales.
- Seguimiento efectuado sobre las operaciones de cada cliente.
- Análisis sobre operaciones inusuales para establecer operaciones sospechosas.
- Observancia de los preceptos contenidos en el Código de Conducta.”⁸⁷ Analizó el último concepto que se define en el Artículo uno. De nuestra norma jurídica, referente a que se deberá sancionar el lavado de dinero u otros activos procedentes de la comisión de cualquier delito. Debemos de establecer si la comisión del delito previo es indispensable para la tipificación del delito de lavado de dinero. Ahora bien, además de lo regulado en nuestra norma jurídica previo a analizar el artículo anterior y sus alcances, debemos tomar en cuenta que el delito de lavado de dinero es considerado por la Convención de Viena como un delito autónomo diferente del delito de encubrimiento y el delito previo. La convención fue ratificada por Guatemala en 1990.

Así también el reglamento modelo en su Artículo dos numeral 6 establece: “Los delitos mencionados en este artículo, serán tipificados, investigados, enjuiciados y sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de cualquier otro crimen, no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave.”⁸⁸

Es importante hacer mención sobre la importancia y conocimiento de que este delito posee como una característica principal, el ser un delito autónomo. Deseo reiterar que el

⁸⁷ Chicas Hernández, Raúl Antonio. Apuntes de derecho tributario y legislación fiscal. Pág. 23

⁸⁸ Organización de los Estados Americanos/ CICAD. Reglamento Modelo sobre los Delitos de Lavado relacionados con el tráfico ilícito de Drogas y Delitos Graves. Anexo 9 y 12.3, www.felaban.com/lavado/reglamento_modelo.doc, (12 de octubre de 2002). Fecha de consulta: 28/04/2012

Reglamento es el documento base para que los estados tomen la regulación mínima contenida en el mismo. Fue elaborado por la CICAD; organización que forma parte de la Organización de los Estados Americanos OEA, y del compromiso que se adquirió de tomar como base el reglamento para la elaboración de nuestra ley.

4.9 El delito de lavado de dinero, un delito autónomo

4.9.1 Etapas en el delito de lavado de dinero

La Convención de Viena establece que el lavado de dinero sea tipificado en la legislación de cada país como un delito autónomo; convención que se encuentra ratificada por Guatemala. En la legislación guatemalteca el bien jurídico que se protege es el orden socioeconómico, que se encuentra dentro del considerando de la ley, protegiendo a su vez derechos fundamentales inherentes de la persona. Para establecer sobre la autonomía del delito de lavado de dinero, debemos tomar en cuenta las diferentes etapas con que se lleva a cabo. La tipificación del mismo se centra en el acumulamiento de grandes cantidades de dinero o bienes, provenientes de actividades ilícitas.

Al respecto el Doctor Víctor Prado Saldarriaga, Presidente del Grupo de Expertos para el control del lavado de dinero de la CICAD-OEA expone en su Artículo denominado Tipificación del Lavado de Dinero en Latinoamérica; las etapas que se vinculan con las conductas que la ley suele tipificar en el delito de lavado de dinero, en la siguiente forma:

- “Etapa de colocación:

Involucra el estudio previo sobre el sistema financiero del agente del lavado, que debe hacer, a fin de distinguir las agencias de intermediación financiera que resultan más flexibles al control de las operaciones que realizan sus clientes, para luego depositar en aquellas el dinero sucio y obtener instrumentos de pago. La ley lo tipifica en su Artículo dos inciso a) como la persona que invierte en una entidad financiera.

- Etapa de intercalación o proceso de lavado de dinero:

El agente del lavado intercala sucesivas operaciones financieras o comerciales utilizando los instrumentos de pago que recibió del sistema financiero en la etapa anterior de colocación (en esta etapa es en donde se realiza la prevención del delito como función del oficial de cumplimiento).

La ley lo tipifica como la persona que invierta y transfiera el producto de la inversión que se realizó en la primera etapa. Con ello adquiere inmuebles, vehículos, yates de lujo, piedras preciosas, etc.; para ser revendidos; operaciones que se realizan de forma veloz, dinámica, variada y sucesiva.

- Etapa de integración.

Inserción del dinero lavado por las etapas anteriores, en nuevas entidades financieras o su repatriación al extranjero, para ser invertido en empresas legítimas, reales o simuladas dotadas de sus registros contables y tributarios, para que pueda expresar una legitimidad verificada por cualquier medio o procedimiento de control contable o tributario convencional.

Esta etapa se encuentra tipificada en el Artículo dos inciso b) y c). Sin embargo debemos tomar en cuenta que aunque la empresa exista físicamente deberá ser a la autoridad competente la encargada de probar que la misma no posee una actividad comercial que le genera ingresos y egresos dentro de la misma. Debemos tomar en cuenta para la tipificación del delito de lavado de dinero, que se lleve a cabo estas etapas como un elemento importante y primordial, para que posteriormente podamos establecer el grado de autoría empleado por el o los criminales.”⁸⁹

Tómese en cuenta que en cada una de las etapas no se establece la realización del delito previo, sino únicamente se lleva a cabo el blanqueo de dinero u otros activos, situación por la cual se le da el calificativo de ser autónomo.

⁸⁹ Prado Saldarriaga, Víctor Roberto. El Delito del Lavado de Dinero. www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artalsdoc1htm.



4.9.2 Del delito de lavado de dinero u otros activos en la legislación guatemalteca

El Artículo dos del Decreto 67-2001, establece tres supuestos para la realización del tipo penal, tomando en cuenta que llamamos tipo “a una creación abstracta y formal que se construye sobre un hecho, sobre un acontecimiento que se desarrolla en el ámbito de los fenómenos causales, siendo el primero, Comete delito de lavado de dinero u otros activos quien por sí o por interpósita persona Invierta, convierta y transfiera o realice cualquier transacción financiera con bienes o dinero.....”⁹⁰; del párrafo anterior establecemos que se dan tres formas de realizar el delito: El primero es la persona que invierta, que como ya se pudo establecer es aquella persona que después de haber realizado un estudio sobre el sistema financiero utiliza aquel cuyos controles sean los menos eficientes. El Diccionario Enciclopédico de Guillermo Cabanellas define la conversión como la “transformación de un acto nulo en otro eficaz mediante la confirmación o convalidación” o también como la “acción o efecto de convertir” y nos define convertir como “cambiar, modificar, transformar algo”.⁹¹

La transferencia la define como paso o conducción de una cosa de un punto a otro o alguna de sus otras acepciones remisión de fondos de una cuenta a otra, sea de la misma persona o de diferentes, asimismo entre los efectos de los modos de adquirir el dominio de las cosas esta la transferencia de un derecho de dominio u otro derecho real, incluso respecto de derechos personales. La conversión o transferencia para muchos autores en el delito de lavado de dinero es “strictu sensu”.⁹² En Guatemala dichas figuras pueden llevarse a cabo a través de invertir principalmente en el sistema Financiero, por medio de depósitos a plazo fijo, contratos de bolsa, contratos de las Sociedades de inversión, contratos de fondo de inversión, contrato de fideicomiso de inversión, contrato de suscripción de valores, contratos a futuro, construcción, compraventas y a través de otros contratos mercantiles, así como un sin número de transacciones; contratos que se realizan a través de internet mediante el uso de la firma electrónica.

⁹⁰ Organización de los Estados Americanos, Manual de Apoyo para la Tipificación del Delito de Lavado, Pág. 2.

⁹¹ Cabanellas, Guillermo. Diccionario de derecho usual. Pág. 36

⁹² Pinto Ricardo, pág. 17



El segundo supuesto o forma de realizar el delito, la ley la establece en la persona que adquiera, posea, administre, tenga o utilice bienes o dinero....., el primer término “adquiera” se puede definir como el “Acto por el cual se hace uno dueño de alguna cosa”, como también la misma cosa adquirida”. Esto incluye todo lo que logramos y nos viene por compra, donación u otro título cualquiera; esto solo incluye lo que se alcanza por dinero, ajuste, habilidad, industria u otro título semejante más no lo que viene por derecho de herencia.

Esta conducta únicamente se establece para terceros, es decir que no se incluye al autor del delito previo, y el fin de lucro (el fin de lucro es característico de la receptación), la utilización del verbo adquirir “abarca los supuestos que caracterizan los actos del encubridor que recepta, al que inspira el fin de lucro.”⁹³ En segundo término: Poseer el que se define como el “poder de hecho y de derecho sobre una cosa material, constituido por el elemento intencional o animus (la creencia y propósito de tener la cosa como propia) y el elemento físico o corpus (la tenencia o disposición efectiva de un bien material).”⁹⁴ La figura más común es la del testaferro (persona interpuesta) quien es la persona que se presenta como propietario o socio fundador de algunas empresas irregulares o de hecho (las denominadas empresas de fachada) que se encuentran reguladas en el Código de Comercio.

En Guatemala para que una empresa se encuentre legalmente constituida o autorizada para funcionar como tal, debe haber cumplido todos los requisitos legales. Sin embargo muchas empresas individuales y sociedades constituidas carecen de inscripción ya sea en el Registro Mercantil o en la Superintendencia de Administración Tributaria, los cuales son obligaciones formales de carácter imperativo para una empresa, caso contrario estaríamos hablando de empresas de carácter ilegal.

El término administrar en el Derecho Privado se refiere “a la gestión de intereses privados, incluidos los actos y tareas que esa lleva consigo”. El Diccionario de la Real

⁹³ Santander Rubén, en “Blanqueo de Capitales”, IEFPA. pág. 99,

⁹⁴ *Ibíd.* pág. 102



Academia Española lo define como “ordenar, disponer, organizar en especial l hacienda o los bienes.”⁹⁵

Dentro de nuestra legislación existen muchas formas en que una persona puede administrar bienes de otra. Es por esta razón que es importante que la persona designada como oficial de cumplimiento tenga conocimiento de lo que establece la ley para poder detectar transacciones sospechosas que no necesariamente van a ser realizadas por el autor de delito previo. Una de las formas que nuestra ley contempla para administrar bienes que pertenecen a otra persona se encuentra en el Código Civil en su Artículo 1686 que establece: “Por el mandato, una persona encomienda a otra la realización de uno o más actos o negocios” y dentro de las formas en que este puede llevarse a cabo con representación o sin ella. En la Ley del Mercado de Valores y Mercancías en su capítulo III, IV, V, VI, establece lo referente a los Contratos de Fondo de Inversión, Contrato de Fideicomiso de Inversión, del Contrato de Suscripción de Valores y de los Contratos a Futuro, que si analizamos son formas de administrar o adquirir bienes de otra persona, de los cuales de conformidad con la ley estamos obligados a saber la procedencia de los mismos. Referente al término tener es necesario diferenciar entre la tenencia, la posesión y la propiedad.

El Manual de Tipificación elaborado por la CICAD/OEA, denomina tenencia a la “ocupación corporal y actual, sin título que permita disfrutarla sin adueñarse de ella, sin buena fe, viciosa o clandestinamente o por mera tolerancia del dueño, reconociendo el dominio ajeno.”⁹⁶ La posesión es el “el poder de hecho y de derecho sobre una cosa material, constituido por el elemento intencional o animus y el elemento físico o corpus”.⁹⁷ Se diferencia de la anterior, de conformidad con lo que establece la ley, en que ésta figura debe reunir las características de la buena fe, debe ser pública y constante.

La propiedad de acuerdo a lo que establece la doctrina es la facultad que se tiene de gozar y disfrutar de la cosa. La utilización puede dar lugar a confusión en virtud que los

⁹⁵ *Ibíd.* pág. 105

⁹⁶ Manual de Tipificación. Ob. Cit. Pág. 24

⁹⁷ *Ibíd.* Pág. 25

bienes provenientes del tráfico ilícito de drogas no constituye **per se** lavado de activos sino un aspecto económico del delito que debe ser tratado en cualquier esquema exhaustivo de lucha contra el blanqueo de fondos, sin embargo la legislación chilena incluye este término y lo define como “Todo acto cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que importe o haya importado tenencia, posesión o dominio de los mismos, sea de manera directa o indirecta, originaria, simulada, oculta o encubierta”.⁹⁸

Saavedra Rojas lo define como “Emplear, usar”, “servirse de una persona o cosa con determinada finalidad”⁹⁹. Una de las formas más utilizadas, es lo que el Reglamento Modelo denomina los instrumentos. El último supuesto utiliza los términos quien **oculte o impida** la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de bienes o dinero o derechos relativos a tales bienes o dinero. El termino ocultar es una conducta tipificada como la de esconder, tapar o disfrazar, bien sea el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de los bienes”.¹⁰⁰

Dicha figura se puede realizar en forma activa a través de esconder, disfrazar o tapar o bien en forma pasiva a través de callar lo que se conoce. Se debe tomar en cuenta que puede que nuestra legislación utilice el término ocultar como un sinónimo del término encubrir dado a que no se encuentra regulado en la ley contra el Lavado de Dinero U Otros Activos.

Muchas legislaciones latinoamericanas toman esta figura como la que se lleva a cabo por una persona que no ha participado ni como autor o cómplice del delito previo, tal y como lo regula nuestro Código Penal; sin embargo, el lavado de activos es un delito totalmente diferente al delito previo, situación que no encuadra en el supuesto regulado en el Código Penal en virtud de que su comisión es previa al delito de lavado de dinero.

Por su naturaleza amerita un análisis específico. En la legislación guatemalteca, para establecer el tipo penal se han utilizado tres términos: El primero es **sabiendo**. Uno de los motivos que este término sea utilizado por la Convención de Viena, el GAFI, el

⁹⁸ *Ibíd.* Pág. 29

⁹⁹ Saavedra Rojas. Derecho Penal Español pág. 35.

¹⁰⁰ Manual de Tipificación. Ob. Cit. , pág. 31



reglamento modelo CICAD/OEA y nuestra legislación, es que este delito es realizado con dolo. Sin embargo, no puede incluirse en el momento de la tipificación el dolo eventual. Un segundo término es que por razón de su cargo, empleo, oficio o profesión **este obligado a saber**.

Al respecto el reglamento modelo lo regula como **debiendo saber** y la interpretación que le da es el elemento de culpa. Nuestra doctrina define la culpabilidad como la reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó, no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del Derecho, siendo sus elementos principales la imputabilidad, la conciencia de ilicitud y la exigibilidad de la conducta.

Se debe tomar en cuenta que el tipo penal al referirse a esta segunda frase establece que todos los ciudadanos estamos obligados a tener conocimiento de lo que establece la ley y el de denunciar toda actividad o transacción que sea sospechosa. El tercer término, que es el que ha dado lugar a confusión es que los mismos son producto, procedan o se originan de la comisión de un delito, situación que se establece en su inciso a), b). Sin embargo en el inciso c) Se establece que los mismos son producto de la comisión de un delito. Proceda y se originan son términos que viene a significar lo mismo: Origen. Los términos antes descritos han servido de base para el establecimiento del tipo penal y no para su tipicidad que son términos muy distintos, siendo este último el encuadramiento del tipo penal en el hecho realizado, siendo este el fundamento del porque es un delito autónomo.

Con base a lo que ya he mencionado en el párrafo anterior, muchas ganancias suelen servir para la comisión de nuevas figuras delictivas; he aquí una de las razones por las cuales la ley guatemalteca lo regula en esta forma.

El delito debe ser procesado, tomando en cuenta sus etapas, elementos y una de sus características esenciales; como lo es su autonomía.

El delito previo y el lavado de dinero son figuras delictivas muy diferentes, los grados de participación no suelen ser los mismos y el bien jurídico tutelado es distinto en muchos casos, es por ello que en muchas legislaciones el lavado de dinero suele confundirse con el delito de encubrimiento.

Al establecerse el tipo penal, se debe iniciar la persecución a toda aquella persona que viole la norma jurídica, para lo cual se debe tomar como pilar fundamental que es un delito autónomo y protege garantías constitucionales, principalmente en materia de derechos humanos como anteriormente lo he indicado.

Analicemos un poco sus antecedentes: El calificativo surge por primera vez en la Convención de Viena de 1988, en donde se establece que el tipo penal será catalogado como delito autónomo. Al respecto el reglamento modelo aclara este precepto en su Artículo dos: "Los delitos mencionados en este artículo, serán tipificados, investigados, enjuiciados y sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de cualquier otro crimen, no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave"¹⁰¹.

Guatemala es miembro de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos, que en 1990 ratificó la Convención de Viena de 1988 y una de las bases para la elaboración de nuestra legislación fue el Reglamento Modelo elaborado por la CICAD/OEA; por lo tanto Guatemala tiene un compromiso de carácter legal, para llevar a cabo estos procesos independientemente si se establece o no el delito previo.

Por otro lado el tipo penal tiene un impacto internacional, por motivo de que este tipo de actividades a dado origen al establecimiento del crimen organizado, la desestabilización del sistema económico y el deterioro del valor moral; así como del desarrollo integral de la persona, que en lugar de tener un nivel de vida adecuado, este no se alcanza. Otro aspecto importante es que el Estado de Guatemala tiene como fin supremo el bien común y el Artículo 44, segundo párrafo de la Constitución Política de Guatemala establece que el interés social prevalece sobre el particular, (este artículo La

¹⁰¹ Manual de Tipificación. Ob. Cit. , pág. 46



Corte de Constitucionalidad lo reconoce como de súper legalidad), por lo tanto la economía nacional “es una de las estructuras fundamentales para el desarrollo integral de los ciudadanos guatemaltecos”¹⁰².

Es por ello, el delito debe ser procesado y sentenciado de conformidad con lo que establece la Convención de Viena y otros convenios, como un delito autónomo independiente del delito previo. Por lo tanto no se estaría violando la Constitución Política de la República de Guatemala al tomar en cuenta lo que establece la Convención de Viena (que en su preámbulo regula que se protege la Vida e integridad del ser humano), y la misma constitución en su Artículo 46 tiene como principio general, que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tiene preeminencia sobre el derecho interno.

En el tipo penal el bien jurídico tutelado es el orden socioeconómico del país, que a su vez se constituye como el pilar fundamental para el desarrollo integral del ser humano que es un derecho inherente a la persona humana contenidos en la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos.

En consecuencia la Constitución Política de la República de Guatemala y la Convención de Viena ocupan un nivel jerárquico superior, que el Decreto 67-2001 ley contra el lavado de dinero u otros activos y el Código Procesal Penal.

En la sección II de la legislación guatemalteca se establecen los responsables de la comisión del delito y de las penas que se les debe imponer. Es importante hacer referencia que en los Artículos 19, 21, 22, 23 establece el término deberá, el que impone una obligación para la entidad financiera o persona obligada. Caso contrario se le impondrá una multa sino no cumple con lo solicitado en los Artículos antes mencionados.

¹⁰² Gaceta número 31, expediente no. 330-92, Corte de Constitucionalidad. pág. 7 sentencia 01-02-94.



CAPÍTULO V

5. El secreto bancario. De la imperiosa necesidad de su reforma en la legislación guatemalteca enfocados desde el punto de vista tributario, financiero y anti evasión

5.1. Concepto de evasión tributaria

El levantamiento del secreto bancario por motivos fiscales ha sido materia de arduas polémicas, lo que ha originado juicios y esto se debe a que, siendo el secreto bancario una institución vinculada a profundas raíces ideológicas, su dimensión tributaria lo hace aún más patente.

Por lo que considero que es de suma importancia darle el enfoque necesario al título de este capítulo, iniciando con la definición de evasión para poder así visualizar por qué la reforma efectuaría un mayor alcance tributario. Evadir, que proviene del latín “**evadere** significa sustraerse, irse o marcharse de algo donde se está incluido. Así como en derecho penal, evasión es la fuga del que está privado de su libertad, en derecho tributario, evadir es sustraerse al pago de un tributo que legalmente se adeuda”.¹⁰³

La evasión tributaria, lato sensu, es la “sustracción lícita o ilícita, total o parcial, voluntaria o involuntaria, que hace el obligado, sea persona natural o jurídica, de las contribuciones a las que está legalmente comprometido a prestar al Estado; siendo así la evasión tributaria abarca toda forma de no pago de impuestos, sea ésta con apariencia de legalidad o infringiendo abiertamente normas tributarias, dentro de este último caso se encuentra el delito tributario, que en nuestro medio toma el nombre de **defraudación tributaria**”¹⁰⁴, tal y como se encuentra tipificado en el código procesal guatemalteco en su capítulo cuarto del título diez, de los delitos contra el régimen tributario.

¹⁰³ Villegas, Héctor B., Curso de finanzas, derecho financiero y tributario, pág. 326.

¹⁰⁴ Monterroso, Gladis. Apuntes de derecho tributario, pág. 25.

5.2 Circunstancias evasivas

“Doctrinariamente se considera circunstancias evasivas las siguientes:

- Evasión organizada por la ley.

Según Duverger, se produce este supuesto cuando el legislador dispensa del pago del tributo a determinada categoría de personas. Si la dispensa se produce por medio de exención no puede decirse que haya evasión, ya que la exención tributaria surge de la propia ley, debido a que el legislador no trata de convertir en contribuyente a alguien que aparentemente pareciera no serlo; el contribuyente eximido, al encuadrar objetivamente en la circunstancia fáctica indicada por la ley para tener derecho a la exención, queda fuera del mandato de pago¹⁰⁵. El Artículo 62 del código tributario guatemalteco contiene una definición legal de exención, en la siguiente forma: “Exención es la dispensa total o parcial del cumplimiento de la obligación tributaria que la ley concede a los sujetos pasivos de ésta, cuando se verifican los supuestos establecidos en dicha ley”. Por su parte el Artículo 65 del mismo código, en su párrafo final, establece que en ningún caso la exención obtenida podrá transferirse a terceros por ningún título.

- “Evasión por aprovechamiento de lagunas legales.

Aunque también se menciona como evasión legal, no lo es; lo que en realidad sucede es que el potencial contribuyente aprovecha las lagunas legales, consecuencia de la negligencia del legislador, para acomodar sus asuntos de forma tal que evada el impuesto sin, aparentemente, violar texto o disposición legal tributaria alguna¹⁰⁶.

Si el contribuyente aprovecha las oscuridades o lagunas de la ley para anular o disminuir el monto de la obligación tributaria, sin que nada se le pueda objetar legalmente, se puede estar ante una hipótesis de economía de opción (se utiliza para analizar opciones racionales en condiciones de incertidumbre del estado económico del

¹⁰⁵ Rodríguez Lobato, Raúl. Derecho fiscal, pág. 54

¹⁰⁶ Ibid. Pág. 56

contribuyente, lo utilizan los países en desarrollo a través de políticas y teorías que llevan a cabo los auditores), perfectamente válida y justificable, puesto que ninguna ley puede prohibir a un contribuyente arreglar lícitamente sus negocios a manera de pagar menos tributos, o menos aún, obligarlo a arreglar sus negocios a modo de pagar más tributos.

5.3 Características del delito de evasión tributaria

El licenciado Raúl Rodríguez define de la manera siguiente las características del delito de evasión tributaria:

- “Cuantitativo.

No solo constituye evasión el no pago de la prestación tributaria también la disminución de ésta, cuando como resultado de una conducta fraudulenta hay disminución efectiva en el monto de la prestación en dinero.

- Nacional.

La evasión está circunscrita siempre a un determinado país, dentro del Sistema Tributario de éste y con sus leyes internas, razón por la cual queda excluido el concepto de evasión tributaria internacional, en virtud de que no existen Estados Supranacionales.

- Netamente doloso.

La evasión tributaria comprende toda aquellas conducta fraudulenta que tengan como objetivo la eliminación o la disminución del monto tributario, prescindiéndose de que la conducta sea evasiva u omisiva. Los términos evasión fiscal y fraude fiscal no son sinónimos.

- Antijurídica.

Toda forma de evasión fiscal es violatoria de disposiciones legales, por lo cual dicha conducta es ilícita, sin perjuicio de que el derecho privado no le atribuya la misma calidad de ilicitud. Formal.”¹⁰⁷

¹⁰⁷ Rodríguez Lobato, Ob.Cit. pág. 33.

La evasión tributaria sólo puede producirse por aquellos que están jurídicamente obligados al pago de los tributos al fisco. No hay evasión tributaria para el contribuyente de hecho, que no ha sido calificado por la ley tributaria como sujeto pasivo de la relación jurídico tributaria.

5.4 La defraudación tributaria

5.4.1 Definición

Se entiende por “fraude fiscal, o más generalmente por defraudación, a toda vulneración de una norma tributaria que supone la existencia de una infracción administrativa y que regula la disminución de ingresos para la hacienda Pública. Engloba, pues, y a diferencia del fraude de ley tributario, a toda conducta ilícita realizada con este fin”¹⁰⁸.

En materia de hacienda, “el delito que comete la persona que sustrae dolosamente el pago de los impuestos públicos o el delito consistente en obtener de otro un beneficio mediante la utilización de un ardid o engaño”.¹⁰⁹

En derecho fiscal, “se entiende por defraudación tributaria al fraude, la trasgresión de una norma para pagar menos impuestos de los que correspondería pagar”¹¹⁰.

En el ámbito penal, se entiende por fraude el engaño provocado por la divergencia entre lo que se dice y lo que de veras se piensa, lo que provoca que otra persona actúe del modo que interesa que lo haga. Por ejemplo, si un funcionario público llega a un acuerdo con un particular en una operación concreta para defraudar al Estado, comete delito de fraude. Lo mismo ocurre cuando el funcionario debe intervenir por razón de su cargo en un acto o contrato, y se interesa de un modo personal en el trato. Por ejemplo, cuando se concede el contrato de servicio público a una empresa concreta a cambio de una comisión.

¹⁰⁸ *Ibíd.* Pág. 35

¹⁰⁹ Porras Rodríguez, Lidia Stella. hacienda pública. Pág. 23

¹¹⁰ *Ibíd.* Pág. 24

5.4.2 Delito de defraudación tributaria

El delito de defraudación tributaria consiste en la sustracción, por parte del obligado, de parte o la totalidad del ingreso que corresponden al Estado en concepto de tributos; configura la intencionalidad del obligado mediante la apropiación, la malversación, la ocultación, la simulación, o la falta de pago; o bien que, amparado bajo el régimen de exenciones o franquicias, utilice mercadería, bienes o productos, para fines distintos a los que corresponde conforme dicho régimen. Para ejemplificar tenemos “el caso del ex superintendente tributario Marco Tulio Abadío Molina y su hijo Júnior Vinicio recibieron al menos Q3.6 millones de la empresa Alka Wenker, vinculada a una defraudación millonaria contra el Estado, al comercializar de manera anómala 105 millones de galones de combustibles”.¹¹¹

Esa empresa fue vinculada por la superintendencia de administración tributaria (SAT) de haber defraudado al fisco por Q359.3 millones, al endosar 105 millones de galones de combustible a otras empresas. Ahora, afirmó Carolina Roca, actual superintendente tributaria, la cifra asciende a Q.800 millones por la multa, el interés y la mora.

5.5 Características del delito de defraudación tributaria

El licenciado Arturo De La Cueva define las características más importantes del delito de defraudación tributaria, siendo las más importantes las siguientes:

- “Carencia de una conciencia tributaria: esta característica regula aspectos relacionados con los contribuyentes en el sentido de que no poseen una educación tributaria que les enseñe cual es el objetivo de cumplir con sus obligaciones tributarias y cuáles son los perjuicios que tiene el estado por dejarlos de cumplir.
- Sistema tributario poco transparente: esta característica del delito de defraudación tributaria surge porque el sistema de fiscalización que es llevado a cabo la superintendencia de administración tributaria, institución que adolece de

¹¹¹ www.prensalibre.com. 10 de octubre del 2004.Fecha de consulta: 23/04/2012.

formalismo y transparencia en la fiscalización y emisión de informes que no van con apego a la ley.

- Administración tributaria poco flexible: esta característica se da cuando la administración tributaria carece de mecanismos o procedimientos que le den riguroso seguimiento a los procesos de defraudación tributaria.
- Bajo riesgo de ser detectado: esta característica surge cuando la administración tributaria encargada de fiscalizar no detecta de forma inmediata el delito de defraudación tributaria, además de omitir, dar aviso de forma inmediata al Ministerio Público de los casos de defraudación tributaria. o Falta de educación: esta característica ocurre cuando los contribuyentes carecen de principios tributarios e instructivos o reglamentos para el buen desempeño de sus obligaciones tributarias.
- Falta de solidaridad: esta característica se da cuando la superintendencia de administración tributaria y las demás instituciones como ministerio público, tribunales de justicia, ministerio de finanzas, contraloría de cuentas etc. No se comprometen de forma unánime a vigilar y sancionar que los contribuyentes cumplan sus obligaciones tributarias.
- Falta de claridad del destino del gasto público: esta característica surge porque el Estado no especifica de forma clara, precisa cual va ser el destino que se le da a los ingresos que se obtuvieron por parte de los contribuyentes en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, dando origen a la falta de claridad del destino del gasto público.
- Conjunción de todos los factores citados: al darse cada una de estas características estamos ante la figura delictiva de la defraudación tributaria que como vemos no solo surge por falta de cumplimiento de la obligación tributaria sino por falta del buen desempeño de las instituciones encargadas de fiscalizar y de la falta de organización por parte del Estado.¹¹²

Cuando se presume la existencia de un delito, la Administración Tributaria deberá denunciar inmediatamente el hecho a la autoridad judicial penal competente, sin

¹¹² De La Cueva, Arturo. justicia, derecho y tributación. Pág. 86



perjuicio del cobro de los tributos adeudados al fisco. Y de cometerse los delitos tipificados como tales en la ley penal, relacionados con la materia tributaria, cabe recordar que el conocimiento de los mismos corresponderá a los tribunales competentes del ramo penal.

5.6 Análisis de la propuesta de reforma al secreto bancario: Iniciativa de ley 4178 del Congreso de la República de Guatemala

Guatemala, al igual que otros países, ha trabajado arduamente para construir un sistema bancario sólido, modelando prácticas bancarias promovidas bajo los Acuerdos de Basilea, convenios sobre lavado de dinero u otros activos y financiamiento de terrorismo, entre otras. Uno de los pilares del sistema bancario guatemalteco es el secreto bancario, regulado de manera específica en la ley de bancos y grupos financieros y en otras leyes como la ley de acceso a la información pública y como un precepto constitucional dentro del ámbito del derecho administrativo, se reconoce el carácter confidencial de las operaciones bancarias (artículo 134 inciso d. de la Constitución Política de la República de Guatemala).

Debido a la crisis financiera ocurrida en 2008 y ciertos escándalos financieros recientes, han provocado que las autoridades tributarias de los Estados Unidos de América combatan agresivamente la elusión y la evasión fiscal, mediante la investigación de cuentas bancarias constituidas en el extranjero. En 2009, UBS estuvo de acuerdo en cooperar y revelar la identidad de al menos 300 depositantes estadounidenses.

Asimismo, en 2009, la OCDE (OECD, por sus siglas en inglés), poco tiempo después de la reunión del G20 en Londres, publicó la más reciente lista sobre “las jurisdicciones de paraísos fiscales y jurisdicciones no colaboradores integrado por tres grupos:



a) jurisdicciones colaboradoras que han implementado los estándares tributarios acordados (lista blanca); b) paraísos fiscales y jurisdicciones que se han comprometido pero que no han aún implementado dichos estándares (lista gris) y c) jurisdicciones que no se han comprometido a implementar los estándares tributarios antes mencionados (lista negra). Guatemala está incluida en la lista gris, en la subcategoría de otros centros financieros ya que no se han implementado aún, los mencionados estándares tributarios pero tampoco es un paraíso fiscal.”¹¹³

El término **paraíso fiscal** tiene varias definiciones, hace tiempo fue acuñado para: “denotar cualquier país que tenía muy bajas tasas tributarias o bien exoneraciones fiscales considerables con el fin de atraer inversionistas extranjeros”¹¹⁴, lo que no es un sinónimo o equivalente de **evasión fiscal**. Guatemala tiene tasas tributarias moderadas y políticas fiscales que no pueden ser consideradas como **bajas**. Sin embargo, desde que se inicia a utilizar la lista de paraísos fiscales de la OCDE, el significado de paraíso fiscal se ha reducido a identificar a países o jurisdicciones con disposiciones que aún contemplan el secreto bancario, no importando si existe o no la salvedad de revelar la información por conducto de las autoridades bancarias (incluye la autoridad a cargo de la prevención del lavado de dinero u otros activos –IVE-) con orden judiciales. Bajo estas consideraciones, es decir, dado que existen todas estas excepciones al secreto bancario, Guatemala no es un paraíso para evasores fiscales.

Desde la publicación de la OCDE, las autoridades tanto bancarias como tributarias en Guatemala, han estado discutiendo nuevas reformas a la Ley de Bancos y Grupos Financieros, con el objeto de sincronizarse con la OCDE y salir de la lista gris como un paraíso fiscal. La propuesta de reformas vendría a modificar el Artículo 63 de dicha Ley (entre otros artículos) con el fin de penetrar o romper el velo del sigilo y expandir la norma para incluir la obligación de revelar la información solicitada directamente por la autoridad tributaria, mediante orden judicial requerida por medio de la Superintendencia de Bancos; el fraude fiscal y la evasión fiscal son figuras delictivas ya contempladas en el Código Penal guatemalteco.

¹¹³ www.prensalibre.com. 10 de octubre del 2004. Sección de Economía Fecha de consulta: 23/04/2012

¹¹⁴ www.prensalibre.com. 10 de octubre del 2004. Sección de Economía. Fecha de consulta: 23/04/2012

Y tal como se comentó anteriormente, la posibilidad de obtener una orden judicial para revelar información confidencial, ya forma parte de las excepciones al secreto bancario bajo la norma vigente contemplada en el Artículo 63.

La iniciativa 4178, Ley Contra el Secreto Bancario que pretende erradicar el secreto bancario en asuntos fiscales y las sociedades anónimas mediante 13 reformas al Código de Comercio (en este Código, algunas ya fueron efectuadas), Código Tributario y ley de bancos y grupos financieros. Dicha iniciativa por un lado se ha visto promovida principalmente por la superintendencia de administración tributaria la cual ha manifestado la urgencia de aprobar dichas reformas.

“Lastimosamente la iniciativa 4178 que contiene la Ley Contra el Secreto Bancario se encuentra detenida a pesar de que la misma tiene una fuerte presión de parte de las entidades públicas como al superintendencia de administración tributaria y de organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE, entre otros. La misma fue presentada al Congreso de la Republica el doce de octubre del año dos mil diez, pero solamente ha sido conocida en segunda lectura”¹¹⁵.

5.6.1 Las temáticas abordadas en la iniciativa

“Las temáticas abordadas en la iniciativa son cuatro:

1. La estructura del Estado,
2. La función pública,
3. Los recursos financieros y el gasto público y
4. El combate a la corrupción.”¹¹⁶

La estructura del Estado: se refiere a la composición del Estado a través de sus tres organismos, entidades descentralizadas y autónomas y todos aquellos órganos públicos que lo forman, sus normas de creación y funcionamiento. La función pública: comprende

¹¹⁵ CFR. PRENSA LIBRE, fecha 08 de noviembre de 2010, nacionales, www.prensalibre.com/.../SAT-secretobancario_0_368963127.htm.
Fecha de Consulta: 24/04/2012

¹¹⁶ Informe nacional de desarrollo humano 2009/2010, Guatemala hacia un Estado para el desarrollo, del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo Guatemala, páginas 59 a 87.



el conglomerado de empleados públicos que conforman la estructura burocrática quienes actúan bajo ciertas normas de jerarquía y mando para el cumplimiento de las políticas públicas y de gobierno.

Los recursos financieros y el gasto público: se refiere a los recursos de tipo financiero con los cuales cuenta el Estado de acuerdo a la capacidad de recaudación fiscal que tenga y a la ejecución de dicho presupuesto con base a las normas relativas al gasto público. El combate a la corrupción: comprende todas aquellas medidas que buscan la prevenir, disminuir y eliminar el mal uso público del poder para conseguir ventajas ilegítimas.

5.6.2 La imperiosa necesidad de reforma del secreto bancario en Guatemala

El marco jurídico actual no es suficiente para cumplir los compromisos asumidos por el Estado de Guatemala, al haber ratificado convenios y tratados internacionales y tampoco es suficiente para institucionalizar la transparencia en la estructura y mecánica del Estado, por lo que se ha hecho necesario reformar alguna de la legislación vigente, y por otro lado, llenar aquellas lagunas legales que restringen el acceso a la información, limitan el combate a la corrupción y como consecuencia de ello opacan el actuar del Estado y la institucionalización de la Transparencia.

Actualmente, Guatemala cuenta con un ordenamiento jurídico compuesto de legislación constitucional, internacional y ordinaria que estructura un marco jurídico base en materia de administración pública, el cual es necesario para el funcionamiento normal de un Estado que se presenta como democrático y de derecho. La Constitución Política de la República de Guatemala propiamente establece ya algunos principios relacionados con el secreto bancario. Desde ya la Constitución Política de la República de Guatemala, evidencia la intención de regular o, por lo menos, integrar el principio de transparencia en la actividad del Estado al establecer normas de control para el ejercicio del poder público y límites a los poderes.



Se evidencia la necesidad de sujetar la función pública a ciertas normas dotadas de probidad, honradez y fiscalización a la misma, que permitan garantizar la democracia en un Estado que se proclama como de derecho.

En materia de Derecho Internacional, el Estado de Guatemala ha integrado a su ordenamiento jurídico vigente convenios, tratados y declaraciones relacionados con el tema de derechos humanos y específicamente relacionados con la transparencia, combate a la corrupción y acceso a la información. Con relación a la legislación internacional vigente en materia de protección a los derechos humanos se encuentra la Declaración Americana sobre Derechos del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

En estos instrumentos internacionales se recogen principalmente principios tales como la legalidad, la seguridad jurídica, la justicia social y se protegen derechos como el derecho de petición y la libertad de pensamiento y expresión el cual contempla la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Específicamente con el tema de transparencia y combate a la corrupción Guatemala ha ratificado varios instrumentos internacionales que le obligan a asumir y cumplir ciertos compromisos políticos para el efectivo acatamiento de los mismos.

Tal es el caso de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción, el Convenio Centroamericano para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero y de activos, relacionados con el tráfico ilícitos de drogas y delitos conexos.

La Convención Interamericana para la Transparencia en la Adquisición de Armas Convencionales, el Convenio Internacional para Reprimir la Financiación del Terrorismo, la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional, así como el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana; así como los requerimientos de la CIDH en la emisión de la Ley Marco de Acceso a la Información. Dichos instrumentos internacionales no sólo comprometen a Guatemala a respetar el contenido de los mismos, sino a generar políticas e instrumentos legales que permitan el efectivo cumplimiento de los mismos y el alcance de resultados efectivos que evidencien la voluntad del Estado de transparentarse y de combatir la corrupción dentro de su estructura y operación.

“Generalmente las políticas públicas van dirigidas directamente a solucionar un problema público y ello implica crear cambios en las instituciones públicas, producir reformas legales e, incluso, legislación nueva que permita lograr la institucionalización de tales cambios.”¹¹⁷

Guatemala se ha comprometido específicamente a través de tales instrumentos internacionales, a:

- “Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;
- Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos;
- Formular y aplicar o a mantener en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas;
- Establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción;
- Evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción;

¹¹⁷ Ibid. Pág. 87

- Aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda, tales como la instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público;
- La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y la publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública.”¹¹⁸

En Guatemala no hay precepto legal que relacione la institución del secreto bancario con la superintendencia de administración tributaria, por lo que éste debe regirse por las reglas generales, salvo expresas excepciones. Y como se ha estudiado, la regla general es que no existe levantamiento del secreto bancario sino en aquellos casos expresos o limitados que establece la ley. La función principal de la superintendencia de administración tributaria es la aplicación y fiscalización administrativa de las disposiciones tributarias, para lo cual la ley le ha otorgado una serie de facultades que deberá ejercer con las mismas limitaciones de los demás órganos administrativos.

Por tanto, está sujeto a las limitaciones genéricas de la Constitución, en el Artículo 134 literal e) y de las disposiciones legales vigentes en especial del Código Tributario. Esta norma se debe vincular con el artículo de la ley de Bancos y Grupos Financieros, que le ha dado el carácter de secretas o confidenciales a las operaciones de depósitos y captaciones de los bancos, por lo que las disposiciones del Código Tributario, no podrán alterarlas salvo disposición en contrario. Por lo que conjugando atribuciones y limitantes del actuar del Superintendencia de Administración Tributaria y luego de una simple revisión de los preceptos legales correspondientes, es posible concluir que el secreto

¹¹⁸ *Ibíd.* Pág. 87



bancario puede afectar las atribuciones de la Superintendencia de Administración Tributaria en materia de captación de Tributos.

Y como consecuencia de la globalización de la economía mundial y de la eficiencia cada vez mayor de los mercados de capital, los particulares y las empresas pueden movilizar con relativa libertad grandes cantidades de dinero de un mercado financiero a otro, tanto a escala nacional como internacional, aunque es difícil cuantificar la magnitud de los montos en cuestión y el alcance de la actividad ilícita que generan estos ingresos que repercuten en la asignación de los recursos a nivel nacional e internacional y en la estabilidad macroeconómica.

Es imposible calcular directamente la magnitud de los beneficios netos que perciben los que realizan estas actividades es probable que el volumen total del dinero lavado sea mayor que el monto anual e incluso mayor que el producto interno bruto de muchos países.

La necesidad de transparentar las cuentas bancarias cobra mayor relevancia si se toma en cuenta que este incumplimiento podría traer sanciones internacionales contra Guatemala. La enmienda debería modificar el Artículo 63 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, sobre confidencialidad de operaciones. La SAT mediante un comunicado aseveró que “contar con acceso a la información bancaria permitirá mejorar de manera integral el proceso de fiscalización que la Superintendencia actualmente realiza, lo cual se traducirá en mecanismos de control eficaces y en un aumento en el cumplimiento tributario”¹¹⁹.

Actualmente el marco jurídico guatemalteco no cuenta con instrumentos legales suficientes que permitan una aplicación efectiva de medidas para promover la transparencia y combatir la corrupción, por lo que se hace necesario propiciar la construcción y promoción de un marco normativo que contribuya a la institucionalización de los mismos. Es indispensable la reforma para que la Superintendencia de Administración Tributaria –SAT- pueda cruzar los datos bancarios

¹¹⁹ www.sat.gob.gt/ comunicados de la Superintendencia de Administración Tributaria. Fecha de Consulta: 26/04/2012



con lo reportado en tributación, con el único objetivo de que Guatemala deje de ser considerado como uno de los países de América Latina con más bajo nivel de recaudación fiscal.

Considero que este trabajo de investigación ha sido elaborado con el único objeto de sugerir y desencadenar nuevas políticas anti evasión buscando siempre el equilibrio dentro del contexto del derecho constitucional de privacidad en actividades financieras.



CONCLUSIONES

1. En la legislación guatemalteca la confidencialidad de las operaciones, el llamado secreto bancario, se presenta con una visión equilibrada entre la información susceptible de ser suministrada y la que tiene el carácter de reserva, es decir, se ofrece una protección a la información confiada a la entidad bancaria.
2. Actualmente, el marco jurídico guatemalteco no cuenta con instrumentos legales suficientes que permitan una aplicación efectiva de medidas para promover la transparencia y combatir la corrupción, pese a haber ratificado convenios y tratados internacionales.
3. Como consecuencia que en la legislación vigente no se han realizado las reformas pertinentes, el lavado de dinero y la defraudación tributaria se ha incrementado y limitan el combate a la corrupción y como consecuencia de ello opacan el actuar del Estado y la institucionalización de la transparencia.
4. La iniciativa 4178 que contiene la Ley Contra el Secreto Bancario, se encuentra detenida, a pesar que la misma posee una fuerte presión de parte de las entidades públicas como al Superintendencia de Administración Tributaria y de organismos internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE, entre otros.



5. Una de las sanciones que el Estado de Guatemala pudiera sufrir es el veto a las empresas internacionales de operar en el país, ya que Guatemala es parte de cuatro países en el mundo en donde aún la entidad recaudadora de tributos no accede a las cuentas e inversiones bancarias de las empresas que operan en el país.



RECOMENDACIONES

1. Para enfrentar el delito de defraudación tributaria y el lavado de dinero y otros activos con éxito, es menester que los referidos delitos sean considerados por la comunidad internacional como un problema de afectación global que requiere de la más amplia cooperación internacional, para que estos contribuyan al fortalecimiento de las entidades bancarias y financieras, así como a la tributaria.
2. El Congreso de la República de Guatemala, deberá de ser más congruente en el análisis y aprobación de las reformas a la confidencialidad de las operaciones, porque la Constitución de la República de Guatemala, contiene los principios fundamentales sobre los que debe de descansar toda legislación, es decir no violentando el derecho a la privacidad, pero a su vez promover el desarrollo económico y social a través de dicha normativa.
3. Es necesario que la Superintendencia de Bancos, coordine acciones con la Asociación de Banqueros de Guatemala, que le permitan al sistema bancario nacional y a las sucursales de las entidades bancarias internacionales, cumplir con los estándares mundiales en contra del lavado de dinero, especialmente los requerimientos que se formularon en el Acuerdo de Basilea.
4. El Congreso de la República de Guatemala, debe ser más congruente en el análisis y aprobación de la reformas a la confidencialidad de las operaciones, porque la Constitución Política de la República de Guatemala, contiene los principios fundamentales sobre los que descansa la legislación guatemalteca, es decir no violentando el derecho a la privacidad, pero a la vez promover el desarrollo económico y social a través de dicha normativa.



5. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala, efectúe la apertura del secreto bancario para que indefectiblemente vaya acompañado de normas anti-elusivas y anti-evasivas que permitan erradicar conductas nocivas e ilegítimas tanto en el ámbito económico, como en el político y principalmente en el tributario.



BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel. **Derecho bancario**. México, Distrito Federal. Ediciones Porrúa S.A., 1978.
- ARGERI ANTONIO, Saúl. **Diccionario de derechos comercial y de la empresa**. Buenos Aires Argentina, Ed. Astreas, Gráficas Minerva, 1982.
- BAUCHE GARCÍA, Diego Mario. **Operaciones bancarias**. México: D.F. Ediciones Porrúa S.A., 1978.
- BLANCO CORDERO, Isidro. **El delito del blanqueo de capitales**, México. D.F. Ed. Arazandi, 1997.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, S. R. L. 1976.
- CASTILLO GONZALES, Jorge Mario. **Derecho administrativo**, colección textos jurídicos universitarios, ed. Harla, México, 1992.
- CHICAS HERNANDEZ, Raúl Antonio. **Apuntes de derecho tributario y legislación fiscal**. Guatemala: Ed. Nacional S.A., 1994.
- DE LA CUEVA, Arturo. **Justicia, derecho y tributación**. México: D.F.: Ed. Porrúa, 1989.
- GARCIA PRIETO, Luís María. **El secreto bancario**. Instituto de estudios fiscales Bilbao: Ed. Lerner. 1983.
- GARRINQUEZ, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. 1t, 5a. ed.; 3a. reimpresión., México D.F.: Ed. Porrúa. S.A., 1997.
- GRECO, Paolo. **Curso de derecho bancario**. Editorial Jus, México. Mayo 1945.



LABANCA, Jorge. **El secreto bancario**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Perrot. 1968

MONTERROSO VELÁSQUEZ, Gladys Elizabeth. **Fundamentos tributarios**. Tercera Edición. Ed. Comunicación Grafica G&A. Agosto 2005.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. 20a. ed., actualizada y aumentada, por Guillermo Cabanellas de la Cueva, Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1992.

PORRAS RODRÍGUEZ, Lidia Stella. **Hacienda pública**. Guatemala: Ed. Nacional, 1971.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. **La criminalidad internacional de lavado de dinero: sus alcances regionales y nacionales**. Lima, 1994.

RIVERA ALÍ, Gastón. **Lavado de dinero e investigación financiera. Delito de tráfico ilícito de drogas**. Lima. Ediciones OPCIÓN. 1999.

RODRIGUEZ LOBATO, Raúl. **Derecho fiscal**. México, D.F.: Ed. Universitaria, 1986.

RODRIGUEZ, RODRIGUEZ, Joaquín. **Derecho bancario**. México Ed. Porrúa SD. A. 1945.

SAAVEDRA ROJAS, Víctor. **Derecho penal español**. 11 a. ed.; Madrid, España: Ed. Aguirre, 1999.

VILLEGAS, Héctor. **Curso de finanzas, derecho financiero y tributario**. Buenos Aires, Argentina: Ed. De Palma, 1982.

www.aaef.org.ar/websam/aaef/portal.nsf.pdf (23 de abril de 2012)

www.es.wikipedia.org (24 de abril de 2012)

www.felaban.com/lavado/reglamentomodelo.doc (23 de abril de 2012)

www.labla.org/ayudadetareas/economia (24 de abril de 2012)

www.lavadodedinero.com/queeslavado.aspx (26 de abril de 2012)

www.portal.sat.gob.gt (23 de abril de 2012)

www.prensalibre.com (23 de abril de 2012)

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley Contra el Lavado de Dinero u Otros Activos y su reglamento. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 67-2001

Ley de Bancos y Grupos Financieros y sus reglamentos. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 19-2002.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1993.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 51-92, 1992.

Ley Orgánica del Ministerio Público. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 40-94, 1994.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 02-89, 1989.

Código Tributario. Congreso de la República de Guatemala. Décreto 6 – 91, 1991.

Iniciativa de Ley 4178. Congreso de la República de Guatemala. Se encuentra en segunda lectura. 2010.